

**EL DEBER DE RESPETAR LA INDEPENDENCIA JUDICIAL.
ESFUERZOS Y AMBIGÜEDADES DE LOS ESTADOS EN EL PLANO
INTERNACIONAL.**

Eduardo Oteiza

Sumario: 1. Fuerza teórica de la triada independencia, imparcialidad e igualdad. 2. Consensos internacionales. Fortalezas y debilidades. 3. ¿En qué medida los mecanismos de selección de los jueces de las Cortes Europea e Interamericana aseguran su independencia y legitimidad? 4. La diferencia entre aceptar y respetar el valor de la independencia.

1. Fuerza teórica de la triada independencia, imparcialidad e igualdad.

Para el análisis de la independencia en un determinado contexto, ya se trate de una comunicad nacional o de formas de asociación internacional, es útil partir de breves referencias teóricas que permiten luego indagar sobre las líneas evolutivas en la esfera nacional y supranacional. Intentaré mostrar la preocupación creciente que exhibe el escenario internacional sobre la independencia e imparcialidad de los jueces nacionales, para luego confrontar esos desarrollos con la evolución de la independencia que los Estados están dispuestos a otorgar a los jueces internacionales con competencia para decidir casos en los que ellos son juzgados por sus propias acciones. Para ello tomaré como ejemplo la escasa transparencia y apertura que muestran los mecanismos de selección de los jueces del Tribunal Europeo (TEDH) y de la Corte Interamericana (Corte IDH).

Tiene la jerarquía de axioma que la independencia e imparcialidad del juez, así como la igualdad de las partes, constituyen pilares esenciales del proceso judicial. La ausencia de cualquiera de ellos impide aspirar a una resolución racional y justa del proceso. Sin embargo, y no obstante constituir factores constitutivos, las tres nociones han sido reconocidas y se han garantizado con disímil intensidad. Son incontrovertibles en el plano abstracto, pero afrontan múltiples dificultades a la hora de su efectiva realización. Si bien se acepta su carácter sustancial, al ser considerados como requisitos indispensables e imprescindibles del proceso, su grado de realización abre un amplio campo de análisis sobre cómo y hasta qué punto son respetados en distintos contextos, ya se trate de la órbita de la justicia estatal o en el plano internacional. Las sociedades adoptan la trilogía conformada por independencia, imparcialidad e igualdad en la resolución jurisdiccional de conflictos con dispares alcances según su desarrollo cultural, social, histórico y político, lo cual evidencia la complejidad de intentar fijar las fronteras conceptuales precisas de cada uno de los tres elementos.

Si bien aquí me ocuparé fundamentalmente de independencia e imparcialidad, es importante subrayar la existencia de un vínculo directo entre ellas y la igualdad. No basta obtener la equidistancia del juez con las partes ya que para

un proceso justo es imprescindible que quienes intervengan en una disputa no encuentren obstáculos que impidan exponer y probar los hechos y el derecho que invocan. La decisión sobre qué derecho atribuir a los hechos toma como premisas, por una parte, la neutralidad de quien decide, entendida como independencia e imparcialidad y, por la otra, la similitud de fuerzas, considerada como ausencia de barreras y como la oportunidad efectiva de argumentar y brindar evidencias en favor de una determinada posición.

WRÓBLEWSKI¹, al tratar la noción de independencia desde un punto de vista teórico, ofrece un desarrollo sugerente, construido a partir de las que considera que son las tres formas de solucionar los conflictos: mediante el uso de la fuerza, optando por dejar que la suerte escoja al ganador o por intermedio de un proceso que lleve a una decisión racional. Señala que la utilización de la fuerza es el mecanismo más primitivo representado por la visión hobbesiana de estado de naturaleza, caracterizada en *homo homini lupus*. Con respecto a ella la independencia no presta ninguna contribución ya que vence y obtiene lo deseado quien logra superar la resistencia de su oponente. El empleo de la fortuna exige acordar cuáles son las premisas que permiten que el alea determine el resultado. Se dice que es ciega y en consecuencia neutral. La equidistancia con respecto a los intereses de las partes está en su sustancia ya que el método debe asegurar que predomine la suerte. Se encuentra en su esencia permanecer al margen de la influencia de las partes que compiten. La solución racional es la más sofisticada y requiere de procesos de toma de decisión. Exige concertar qué pasos deben cumplir las partes y definir quién tiene atribuciones para llegar a una determinación apoyada en motivos que la respalden.

El sistema judicial de resolución racional de conflictos para WRÓBLEWSKI exhibe como una de sus principales características la existencia de una persona encargada de tomar la decisión (*dispute settler*), que es definido como *third party*, ya que no se encuentra involucrado en el conflicto, lo cual supone su objetividad. El *dispute settler* al que alude WRÓBLEWSKI depende sólo de la ley cuya validez y significado debe racionalmente determinar y fundar al momento de aplicarla. Subraya la trascendencia de la independencia como equidistancia con una pluralidad de factores, al entender que el juez no debe actuar bajo presiones extralegales. Las que pueden provenir de grupos más o menos organizados según partidos políticos e intereses de distinto tipo, que generan corrupción y manipulación, e inciden sobre las designaciones y las formas de ascenso en la carrera judicial y cuentan con otros modos de persuasión.

¹ WRÓBLEWSKI, Jerzy, Theoretical and ideological problems of judicial independence, en *Los jueces en una sociedad democrática*, coordinador IGARTUA SALAVERRIA, Juan, Herri-Ardualaritzren Euskal Erakundea Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1987, pp. 15-34.

Su opinión es coincidente con la desarrollada por CAPPELLETTI² quien sostuvo que el último valor, la esencia y naturaleza, por así decirlo, de la función judicial es contar con una decisión tomada por una tercera persona imparcial (*tertius super partes*) después de una equitativa oportunidad de presentar y defender su caso.

Hasta aquí he hablado de imparcialidad e independencia sin diferenciar ambas expresiones ni precisar en que sentido se las utiliza. Para identificar su alcance seguiré la posición de FERRAJOLI³ cuando entiende por imparcialidad (*terzietà*) a la ajenidad del juez con respecto a los intereses de las partes y por independencia a su exterioridad al sistema político y, más en general, a todo sistema de poderes. La primera, la imparcialidad, se manifiesta por la separación del juez de las partes, supone la configuración del proceso como una relación triangular entre tres sujetos, dos de los cuales confrontan sus posiciones, y el tercero, super partes, calificado por su ajenidad con respecto a los intereses contrapuestos. Esa equidistancia con respecto a las partes fue explicitada, afirma acertadamente, por HOBBS al sostener que es necesario que el juez no tenga ningún interés privado o personal en el resultado de la causa: “*nadie debe ser juez o árbitro en su propia causa*” y por ello “*nadie debe ser árbitro si para él resulta aparentemente un mayor provecho, material o espiritual, de la victoria de una parte que de la de la otra*”⁴. La segunda, la independencia, constituye la garantía de una justicia no subordinada a las razones de estado o a intereses políticos contingentes. En ese sentido la separación de poderes y el nacimiento de la figura del juez moderno se funda en la independencia del juez de cualquier otro poder. Explica FERRAJOLI que si la legitimidad del juicio se funda en la verdad procesal, cuya decidibilidad depende de la determinación semántica de las leyes y por tanto de los vínculos exclusivamente legales de la jurisdicción, es claro que ésta requiere la independencia del juez no menos que su condición de tercero, para garantizar su imparcialidad y, en consecuencia, la igualdad de los ciudadanos. Por otro lado, si el juicio ha de estar dirigido a impedir arbitrariedades y abusos potestativos sobre las libertades individuales por parte de los poderes de gobierno, la independencia de los jueces es garantía de una justicia no subordinada a las razones de estado o a intereses políticos contingentes. Los fundamentos externos o políticos de la independencia son en definitiva los mismos -verdad y libertad- que legitiman la jurisdicción. Y exigen que la independencia de la función judicial esté asegurada tanto para la magistratura como orden, frente a los poderes externos a ella y, en particular, al poder ejecutivo, como al magistrado en calidad de individuo, frente a los poderes o jerarquías internas de la propia organización, siempre en condiciones de interferir de algún modo la autonomía del juicio⁵.

² CAPPELLETTI, Mauro, “Who watches the Watchmen?” A Comparative Study on Judicial Responsibility, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 31. N. 1, 1983, 1-62. La cita es tomada de la pág. 16.

³ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 1995, traducción de Perfecto Andrés IBÁÑEZ, Alfonso RUIZ MIGUEL, Juan Carlos BAYÓN MOHINO, Juan TERRADILLOS BASOCO, Rocío Cantarero Bondrés, del texto publicado por el autor en 1989, por Gius. Laterzo & Figli. Los desarrollos aquí mencionados son desarrollados por FERRAJOLI en el Capítulo 9, El juicio. *Cuándo y cómo juzgar*, pág. 535 y ss.

⁴ HOBBS, Thomas, *El Ciudadano, De Cive*, 1646, cita tomada de la traducción de la obra de FERRAJOLI, ob. cit. pág. 581.

⁵ FERRAJOLI, ob. cit. pág. 584.

La función judicial puede así constituir un «freno» al estar sometido solamente a la ley y obligado a la averiguación de la verdad, *cualesquiera que fueren los sujetos juzgados y los contingentes intereses dominantes*.⁶

Al utilizar las nociones de independencia e imparcialidad, con el alcance antes referido, se observa una cierta subordinación entre ellas. ANDRÉS IBAÑEZ⁷ entiende que la independencia es una garantía previa, una *condición de posibilidad de la imparcialidad*. Se trata de un presupuesto que permite su realización, en ese sentido es una condición de posibilidad. Es necesaria pero no suficiente *porque es claro que un juez no políticamente condicionado en el ejercicio de su función, podría al mismo tiempo no estar en posición de equidistancia en la relación con las partes procesales y con el objeto del juicio*. En forma coincidente con FERRAJOLI estima que la independencia mira preferentemente a la dimensión política de la administración de justicia mientras la imparcialidad, como ajenidad sobre los intereses en juego, es un atributo necesario del *dispute settler*, en la terminología de WRÓBLEWSKI. La perspectiva de ANDRÉS IBAÑEZ coincide con lo apuntado por BURBANK⁸, quien apunta que la independencia judicial no es un fin es sí misma sino un medio para llegar a un fin. El fin de la independencia consistiría en posibilitar la imparcialidad. Constituye la condición de posibilidad de ésta última.

Hasta aquí algunas notas sobre la independencia difíciles de contradecir. El problema se presenta no tanto al indagar sobre su fuerza teórica sino al observar en qué medida las sociedades nacionales o internacionales y los factores de poder que habitan en ellos están dispuestos a ceder para llevarlas a la práctica.

2. Consensos internacionales. Fortalezas y debilidades.

Desde un punto teórico resulta arduo y seguramente inútil disentir con fundamento sobre la importancia de lograr garantizar esos tres componentes básicos de la actividad jurisdiccional. El consenso sobre su trascendencia ha tenido repercusión en una amplia gama de acciones desplegadas por los Estados con la finalidad de que ellos sean respetados.

Hay una correspondencia evidente entre los desarrollos teóricos, antes comentados, sobre la ineludible presencia de esos tres componentes sustantivos del proceso judicial y la normativa acordada en el plano internacional para establecer los contenidos mínimos que deben resguardarse a los efectos de lograr materializar el respeto del derecho de acceso a la justicia.⁹ En materia de

⁶ FERRAJOLI, ob. cit. pág. 580.

⁷ ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado Constitucional*, Editorial Trotta, 2015, págs. 216 y ss.

⁸ BURBANK, Stephen, B. *What Do We Mean by "Judicial Independence"?* Ohio State Law Journal, Vol. 64: 322 y ss., 2003.

⁹ Sobre el desarrollo de la legislación internacional sobre independencia internacional puede consultarse DESPOUY, Leandro, *Independencia de la justicia. Estándares internacionales*, Buenos Aires, El Mono Armado, 2009.

independencia encontramos sobradas muestras de los esfuerzos y reacciones de la comunidad internacional, o al menos gran parte de ella, por permitir afianzarla.

La Asamblea General de Naciones Unidas al aprobar la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), destacó la importancia de la independencia, imparcialidad e igualdad. Su artículo 10 consagra que: *toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.* Un texto similar adopta el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966) que en su art. 14 dispone que: *todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.*¹⁰ Con idéntico propósito la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura (1985)¹¹ y la Conferencia Mundial de Derecho Humanos aprobó la Declaración y Programa de Acción de Viena (1993), en el que se sostiene que: *Cada Estado debe prever un marco de recursos eficaces para reparar las infracciones o violaciones de los derechos humanos. La administración de justicia, en particular los organismos encargados de hacer cumplir la ley..., así como un poder judicial y una abogacía independientes, en plena conformidad con las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, son de importancia decisiva para la cabal realización de los derechos humanos sin discriminación alguna y resultan indispensables en los procesos de democratización y desarrollo sostenible. En este contexto, las instituciones que se ocupan de la administración de justicia deben estar adecuadamente financiadas, y la comunidad internacional debe prever un nivel más elevado de asistencia técnica y financiera. Incumbe a las Naciones Unidas establecer con carácter prioritario programas especiales de servicios de asesoramiento para lograr así una administración de justicia fuerte e independiente*¹².

Los cuatro instrumentos internacionales antes referidos coinciden en la inescindible conexión entre el respeto a los derechos y una justicia independiente que permita preservarlos. Sin embargo, y no obstante el establecimiento categórico del derecho a contar con un juez independiente e imparcial, hay un

¹⁰ En forma similar la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990, art.18), la Convención sobre los derechos del niño (1990, art. 37) y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2006, arts. 11 y 12), reconocen que el derecho humano al debido proceso requiere que se conjuguen adecuadamente la igualdad de las partes con la independencia e la imparcialidad del juez

¹¹ Según el texto aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985. El primer principio allí establecido señala que *la independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.*

¹² § 27 de la Declaración y Programa de Acción de Viena.

contraste evidente entre la normativa internacional y las prácticas llevadas adelante por los Estados, al interior de sus fronteras, en violación de los tratados que asumieron la obligación de respetar.

La brecha entre los principios adoptados y su efectivo respeto impulsó a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, desde 1979, a recabar los estudios que permitieran establecer un mecanismo de control que lograra resguardar la independencia judicial. Como consecuencia de dicha acción en 1994 decide nombrar un Relator Especial encargado de intervenir ante los gobiernos frente a las violaciones a la independencia judicial¹³. CUMARASWAMY¹⁴ al asumir sus funciones como primer Relator Especial sobre independencia de los magistrados y abogados sostuvo que su *mandato fue establecido en respuesta a problemas concretos y prácticos. En muchos países, los jueces y abogados son objeto de represalias por desempeñar sus funciones profesionales. La injerencia va desde las sanciones profesionales y la destitución hasta la detención y prisión arbitrarias y ataques a la persona, incluyendo asesinatos y desapariciones. Fuera de la injerencia que afecta a un juez o un abogado, ha habido muchos casos en que los órganos ejecutivo o legislativo han suspendido algunas funciones del órgano judicial o, en ciertos casos, han dictado leyes que las anulaban del todo, es decir, se ha producido una intromisión en las estructuras e instituciones de administración de la justicia, incluso los colegios de abogados. El Relator Especial considera que realmente se puede asegurar la independencia e imparcialidad del órgano judicial si el Estado tiene un mecanismo bien establecido, independiente de los poderes ejecutivo y legislativo, que esté encargado del nombramiento, ascenso, traslado y cesación de funciones de los jueces (como se afirmó en la Observación General 13 del Comité de Derechos Humanos). Además, la independencia financiera respecto de los órganos ejecutivo y legislativo es fundamental para la independencia e imparcialidad del sistema de justicia.*¹⁵

En el último informe presentado al Consejo de Derechos Humanos (2017), el Relator Especial, GARCÍA-SAYÁN¹⁶, concluyó que, a pesar de la vigencia de un *Ius cogens* que vincula la vigencia de los derechos humanos con la independencia e imparcialidad de los jueces, resulta evidente que presenciamos su vulneración de manera flagrante y cotidiana en el mundo entero.¹⁷ El derecho sin un mecanismo de protección adquiere una debilidad congénita, que lo asimila a una simple promesa. Los derechos requieren de medios capaces de restaurarlos en caso de violación y esos mecanismos de reparación exigen como uno de sus componentes imprescindibles la ajenidad de quien decide sobre ellos.

¹³ Ver Resolución 1994/41, *La independencia e imparcialidad del poder judicial, los jurados y asesores y la independencia de los abogados*.

¹⁴ CUMARASWAMY, Param, Informe E/CN.4/1995/39, en el cual se sintetizan los antecedentes del mandato y la labor de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías.

¹⁵ § 65 del informe de CUMARASWAMY.

¹⁶ GARCÍA-SAYÁN, Diego, A/HRC/35/31, 2017.

¹⁷ Informe de GARCÍA-SAYÁN, § 18.

Los obstáculos que impiden concretar la independencia judicial han sido relevados por los informes anuales elaborados por los Relatores Especiales desde 1995. En ellos se han puntualizado algunas exigencias que se deben cumplir para garantizar la independencia. Entre ellas se reiteró la necesidad de establecer un mecanismo que se ocupe de la selección y del enjuiciamiento de los jueces sin influencias nocivas para la neutralidad judicial¹⁸. Se indicó, también, que se debía velar por la separación de la función judicial respecto de los demás poderes y garantizar la independencia a nivel constitucional¹⁹, así como dotar al poder judicial de un presupuesto operativo suficiente y autonomía financiera²⁰. Además, en ellos se entendió que las amenazas a la independencia judicial no sólo proceden de los poderes públicos, sino también de la delincuencia organizada, el sector empresarial y las grandes empresas, nacionales y multinacionales. Se destacó que la corrupción no es solamente económica, consistente en la malversación de fondos asignados al poder judicial o los sobornos, ya que tiene lugar, también, por la falta de imparcialidad en los juicios como resultado de la politización del poder judicial, las lealtades partidarias de los jueces y todos los tipos de clientelismo judicial. La falta de confianza en el poder judicial es extremadamente nociva para la democracia y el desarrollo y alienta la perpetuación de la corrupción²¹.

La Relatoría Especial también se ocupó de la complementariedad entre igualdad, imparcialidad e independencia. En ese sentido, consideró que el derecho a la igualdad ante los tribunales resulta un componente esencial del derecho de acceso a la justicia. Para respetarlo, los Estados no sólo no deben prohibir toda distinción, de *jure* o de facto, relativa al acceso a los tribunales y cortes de justicia que no esté basada en derecho y no pueda justificarse con fundamentos objetivos y razonables, sino también adoptar medidas positivas para velar porque nadie se vea privado de su derecho a exigir justicia.²²

Desde otra vertiente, pero con puntos de contacto con los temas destacados por los informes de la Relatoría Especial sobre la independencia de los magistrados, Naciones Unidas invitó a un grupo de presidentes de tribunales supremos y magistrados de tribunales superiores, denominado Grupo de Integridad Judicial, con la finalidad de analizar la pérdida de confianza en los sistemas judiciales por parte de la opinión pública, producto de una creciente percepción sobre su debilidad, parcialidad y corrupción.²³ Como resultado de esa reunión se elaboró

¹⁸ Informe E/CN.4/1995/39, § 65.

¹⁹ Informe A/HRC/11/41, 2009, § 20.

²⁰ Informe E/CN.4/1996/37, § 32.

²¹ Informe E/CN.4/1996/37, § 39 a 40.

²² Informes A/HRC/8/4, 2008, §20, A/66/289, 2011, § 38 y A/70/263, 2015, §30, 74 a 84.

²³ La reunión, convocada por el Centro de las Naciones Unidas para la Prevención Internacional del Delito, tuvo lugar en Viena (abril de 2000) en el marco del Programa mundial contra la corrupción. Los antecedentes pueden consultarse en OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial*, Naciones Unidas, Nueva York, 2013.

el Borrador de los Principios de Bangalore²⁴ sobre la Conducta Judicial (2001), que la Comisión de Derechos Humanos -hoy, Consejo de Derechos Humanos- aprobó, luego de un proceso de consulta y revisión mediante, la Resolución 2003/43. Los dos primeros principios allí desarrollados son independencia e imparcialidad. Con similar orientación las Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de Iberoamérica, que mantienen reuniones desde 1990²⁵ hasta la actualidad, han generado instrumentos similares a los Principios de Bangalore. Primero aprobaron el Estatuto del Juez Iberoamericano (2001), para luego adoptar el Código Modelo de Ética Judicial (2014). Ambos instrumentos al igual que los Principios de Bangalore, comienzan con disposiciones referidas a la independencia y la imparcialidad²⁶.

El Consejo de Europa ha adoptado tres acciones relevantes tendientes a que los Estados miembros fortalezcan la independencia judicial. La primera, fue el dictado de la Recomendación R (94) 12 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre la Independencia, Eficiencia y Función de los Jueces²⁷ que instaba a los Estados a tomar una serie de medidas de resguardo de la independencia y la imparcialidad judicial. Entre ellas recomendaba: (i) que la duración del mandato de los jueces y su remuneración debían estar garantizadas por ley; (ii) que los poderes ejecutivo y legislativo debían asegurar que los jueces sean independientes y que no se adopten medidas que puedan ponerla en peligro; (iii) que todas las decisiones relacionadas con la carrera profesional de los jueces debían estar basadas en criterios objetivos, y la selección y la carrera de los jueces deben estar basadas en el mérito, teniendo en cuenta la calificación, integridad, capacidad y eficiencia; y (iv) que los jueces deben ser independientes y capaces de actuar sin restricciones, influencias inadecuadas, incentivos, presiones, amenazas o interferencias, ya sean directas o indirectas, de cualquier tipo o por cualquier motivo, entre otros criterios tendientes a reforzar la independencia. La segunda, consistió en la adopción de la Carta europea sobre el estatuto de los jueces (1998) que, en consonancia con el Artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que establece el derecho de toda persona de ser oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, fija criterios en materia de selección, reclutamiento y capacitación inicial de los jueces, nombramiento e inamovilidad y desarrollo de la carrera. La tercera, tuvo lugar con la creación del Consejo Consultivo de Jueces Europeos

²⁴ El nombre del Código hace referencia a la ciudad de Bangalore (India), que fue anfitriona de la segunda reunión del Grupo de Reforzamiento de la Integridad Judicial.

²⁵ La actividad de la Cumbre Judicial Iberoamericana, producida como consecuencia de sus veinte reuniones plenarias, puede consultarse en <http://www.cumbrejudicial.org/institucional/historia>

²⁶ Sobre las distintas experiencias en materia de codificación de estándares en materia de ética judicial puede consultarse Stefanie ROOS, Ricarda, WOISCHNIK, Jan, *Códigos de Ética Judicial, Un estudio de derecho comparado con recomendaciones para los países latinoamericanos*, Fundación Konrad- Adenauer, Oficina Uruguay, Montevideo, 2005.

²⁷ Adoptada por el Comité de Ministros el 19 de octubre de 1994, en la 58ª sesión de Viceministros.

(CCJE)²⁸, constituido en cumplimiento de la Resolución N^o1 sobre Medidas para reforzar la independencia e imparcialidad de los jueces en Europa, adoptada por la XXII Conferencia de Ministros de Justicia Europeos, que tuvo lugar en Chisinau (Moldavia) los días 17 y 18 de junio de 1999.

El CCJE ha elaborado una serie de informes temáticos²⁹. Dos de esos informes tienen particular trascendencia con respecto a independencia e imparcialidad de los jueces internacionales. En el Informe 1 la CCJE subraya que su propósito *no es la perfección de los principios y, aún menos, la armonización de las instituciones, sino la puesta en marcha efectiva de los principios que ya han sido elaborados*. Asume, de ese modo, el desafío de proponer pautas para lograr concretizar las garantías de independencia e imparcialidad identificando cuáles son las circunstancias que las ponen en riesgo. El informe contiene propuestas sobre el nivel de independencia que debe estar garantizada, los órganos encargados del nombramiento y promoción de los jueces, las pautas que regulan un proceso transparente de selección objetivo y en base al mérito de los candidatos, la inmovilidad, las características de un proceso adecuado para imponer sanciones disciplinarias o decidir la remoción por conductas inapropiadas, la preservación de la remuneración de los magistrados, y las salvaguardias frente a influencias

²⁸ Todos los Estados miembros del Consejo de Europa están representados, con voz y voto, en el Comité. Los representantes deben ser designados entre jueces en servicio que tengan un amplio conocimiento del sistema judicial del respectivo país, considerándose positiva la participación en el proceso de designación del órgano o autoridad nacional responsable de asegurar la independencia e imparcialidad de los jueces.

²⁹ Los informes pueden ser consultados en español en

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Relaciones-internacionales/Relaciones-internacionales-institucionales/Europa/Consejo-Consultivo-de-Jueces-Europeos/>. La temática abarcada por los veinte informes producidos muestra los distintos problemas que resulta adecuado atender para resguardar la independencia e imparcialidad. Los temas tratados fueron: Informe 1 (2001), sobre independencia e inamovilidad de los Jueces; Informe 2 (2001), relativo a la financiación y gestión de los Tribunales; Informe 3 (2002), sobre los principios y reglas que rigen los imperativos profesionales aplicables a los jueces y en particular la deontología, los comportamientos incompatibles y la imparcialidad, Informe 4 (2003), sobre la formación inicial y continua de los jueces a nivel nacional y europeo, Informe 5 (2003), sobre reglas y prácticas para el nombramiento de Jueces del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre, Informe 6 (2004), sobre el derecho a un proceso equitativo en un plazo razonable y el papel de los jueces en el proceso, teniendo en cuenta los modos alternativos para la resolución de los conflictos, Informe 7 (2005), sobre Justicia y Sociedad, Informe 8 (2006), sobre el papel de los jueces en la protección del Estado de Derecho y de los Derechos Humanos en el contexto del terrorismo, Informe 9 (2006), sobre el papel de los jueces nacionales en la aplicación efectiva del derecho internacional y europeo, Informe 10 (2007), sobre el Consejo de la Justicia al servicio de la sociedad, Informe 11 (2008), sobre la calidad de las resoluciones judiciales, Informe 12 (2009), sobre Jueces y Fiscales en una sociedad democrática, Informe 13 (2010), sobre el papel de los jueces en la ejecución de las resoluciones judiciales, Informe 14 (2011), Justicia y Tecnologías de la Información, Informe 15 (2012), sobre la especialización de los Jueces, Informe 16 (2013), sobre las relaciones entre jueces y abogados, Informe 17 (2014), relativo a la evaluación del trabajo de los jueces, la calidad de la Justicia y el respeto de la independencia judicial, Informe 18 (2015), la posición del poder judicial y su relación con los demás poderes del Estado en una democracia moderna, Informe 19 (2016), el papel de los Presidentes de los Tribunales, Informe 20 (2017), la función de los órganos jurisdiccionales con respecto a la aplicación uniforme del Derecho.

indebidas, tanto externas como internas. Allí se sostiene que *la independencia presupone una imparcialidad total por parte de los jueces*³⁰. Esa presuposición puede ser entendida como la base necesaria que hace factible la imparcialidad. Es una *condición de posibilidad de la imparcialidad* según lo explica ANDRÉS IBÁÑEZ³¹. La independencia para el CCJE son las condiciones ineludibles para garantizar la imparcialidad, lo cual exige un examen del marco institucional que debería permitir alcanzarla.

3. ¿En qué medida los mecanismos de selección de los jueces de las Cortes Europea e Interamericana aseguran su independencia y legitimidad?

Resulta interesante tomar en consideración la propuesta del CCJE en cuanto a la situación de los jueces internacionales³². El informe 1 puntualiza la repercusión que tiene en los Estados miembros la interpretación que realizan los jueces internacionales sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos, lo cual impone consolidar la confianza en los jueces y su legitimidad, razones que llevan a instar a que las condiciones de independencia e imparcialidad aconsejadas para los jueces nacionales también sean logradas para los jueces internacionales. Sostuvo que *como las jurisdicciones supranacionales y sus decisiones tienen una influencia creciente en los sistemas jurídicos nacionales, es imprescindible animar a los Estados miembros a respetar los principios relativos a la independencia, la inamovilidad, el nombramiento de los jueces y la duración del mandato que se les confía en instancias supranacionales*.³³ El Informe 5 reitera las posiciones desarrolladas en el Informe 1 y agrega que si bien el artículo 21 del Convenio Europeo para protección de los Derechos Humanos dispone que los jueces han de gozar de la máxima consideración moral y reunir los requisitos para el ejercicio de altas funciones judiciales o ser jurisconsultos con una competencia notoria, su nombramiento no sólo debe responder a dichos criterios, sino además los elegidos deben ser los mejores candidatos posibles para dichos puestos, ya que de ello depende la integridad y la reputación del tribunal y del Convenio³⁴.

De acuerdo con el artículo 22 del Convenio Europea de Derechos Humanos, los jueces del Tribunal Europeo son elegidos por la Asamblea Parlamentaria, por mayoría de votos emitidos, de una lista de tres candidatos presentada por cada Alta Parte Contratante. La Asamblea Parlamentaria durante las últimas décadas

³⁰ Ver el punto 12 del Informe 1.

³¹ ANDRÉS IBÁÑEZ, ob. cit. nota 7.

³² Si bien el CCJE se refiere también a los mecanismos de selección de los jueces de la Corte de la Unión Europea, aquí haré referencia solamente a los procesos para escoger jueces en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos. Sobre la selección de los jueces de la Corte Europea puede consultarse a BOBEK, Michael, *Selecting Europe's Judges. A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts*, Oxford University Press, 2015. En particular: DE WAELE, Henri, "Not Quite the Bed that Procrustes Built: Dissecting the System for Selecting Judges at the Court of Justice of the European Union", CHALMERS, Damian, "Judicial Performance, Membership, and Design at the Court of Justice", y SAUVÉ, Jean Marc, "Selecting the European Union's Judges: The Practice of the Article 255 Panel".

³³ Ver puntos 54 a 57 del Informe 1.

³⁴ Informe 5, punto 4.

ha llevado adelante sucesivas reformas al sistema de selección de los candidatos de cada parte contratante³⁵. Las Recomendaciones y Resoluciones de la Asamblea Parlamentaria instaron a los Estados miembros a difundir en forma pública y abierta la convocatoria a postularse para integrar las listas, a los fines de fomentar una mayor transparencia del proceso de búsqueda de candidaturas. Fijaron estándares para la elaboración de los *curricula vitae* y determinaron que las listas debían ser presentadas en orden alfabético, para evitar que se priorizaran determinadas candidaturas, y contener la participación de ambos sexos, con el propósito de evitar discriminaciones por género. Además, la Asamblea Permanente creó un Subcomité para la elección de jueces del Tribunal Europeo (2007) y luego estableció un Panel de Expertos (2010) con competencia para asesorar sobre los candidatos propuestos.³⁶

Los Estados, y particularmente los poderes ejecutivos, han sido renuentes en cuanto a ceder competencias en la elaboración de las propuestas de candidatos a integrar las listas. La nominación de postulantes era usualmente vista como una decisión de política gubernamental no sujeta a ningún control. La invocación del carácter representativo del gobierno fue una defensa usualmente empleada para bloquear iniciativas dirigidas a abrir el proceso de elaboración de las listas de candidatos.

La significación de las decisiones tomadas por el Tribunal Europeo, el incremento mayúsculo de la cantidad de casos examinados, los problemas generados por decisiones de cuestionable calidad, la visibilidad de intervenciones que fueron criticadas por la doctrina especializada, fueron incentivos que evidenciaron que resultaba ineludible implementar cambios. Avances y fracasos marcaron el desarrollo de ese proceso de transformación que lidió y todavía se enfrenta con áreas de poder que oponen una fuerte resistencia. De todos modos, la apertura del debate promovió un mejor balance entre el mérito y el imprescindible apoyo

³⁵ Los antecedentes pueden consultarse en PARLAMENTARY ASSEMBLY, *Committee on the Election of Judges to the European Court of Human Rights. Procedure for electing judges to the European Court of Human Rights. Information document prepared by the Secretariat*, en AS/Cdh/Inf (2018) 01 rev 6, del 4 de junio de 2018, acdhinfdoc01 2018 rev 6. Los cambios al sistema de selección ocurrieron como consecuencia de la entrada en vigor del Protocolo 11 (1998) que modificó la estructura del Tribunal al eliminar la Comisión de Derechos y humanos y permitió el acceso directo de las personas como efectivos sujetos de derechos.

³⁶ El Consejo de Ministros dictó la Resolución CM/Res(2010), modificada parcialmente por la Resolución CM/Res(2014), que estableció el Panel de Expertos para el Asesoramiento sobre los candidatos a jueces para facilitar la labor de los Estados Miembros. Se trata de un proceso anterior a la propuesta de candidatos a la Asamblea. Sobre el proceso de selección de jueces a la Corte Europea ver: LEMMENS, Koen, "(S)electing Judges for Strasbourg: A (Dis)appointing Process?", KOSAF, David, "Selecting Strasbourg Judges: A Critique", VON BODDANDY, Armin, KRENN, Christoph, "On Democratic Legitimacy of Europe's Judge. A Principled and Comparative Reconstruction of the Selection Procedures" y TORRES PÉREZ, Aida, "Can Judicial Selection Secure Judicial Independence?: Constraining State Governments in Selecting International Judges", en BOBEK, ob. cit. nota 32.

pólítico. Con aciertos y errores las decisiones de la Asamblea y del Comité de Ministros son parte de un diálogo democrático en desarrollo.

Las deliberaciones en cuanto a la selección de jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos contrastan con lo ocurrido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. A diferencia del modelo europeo el interamericano mantiene una Comisión y una Corte y el acceso directo de los individuos es limitado. Tanto la Comisión como la Corte tienen siete miembros. Según la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) los siete miembros de la Comisión son elegidos a título personal por Asamblea General de la Organización Estados Americanos (OEA), de una lista de candidatos propuestos por los gobiernos de los Estados miembros. Cada uno de los gobiernos puede proponer hasta tres candidatos nacionales, uno de los cuales deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente³⁷. Los siete jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) son elegidos a título personal *entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos*³⁸, en votación secreta y por mayoría absoluta de votos de la Asamblea General, de una lista de candidatos propuestos por los Estados. Las listas pueden contener tres propuestas, pero en ese caso por lo menos uno de los candidatos deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente³⁹.

La Asamblea de la OEA invitó a los Estados a tener en cuenta los puntos de vista de las organizaciones de la sociedad civil a fin de contribuir a presentar las mejores candidaturas para ocupar los cargos en la CIDH y la CorteIDH. Y reiteró al momento de presentarse una candidatura, debían publicarse los *curricula vitae* de los integrantes de cada lista, a fin de que los Estados Miembros y la sociedad civil en general estén adecuadamente informados sobre su perfil⁴⁰.

En la práctica sucede generalmente que los Estados no realizan un proceso de difusión sobre la recepción de postulantes, limitándose a proponer un solo candidato que cuenta solamente con el aval del poder ejecutivo. Es muy poco habitual que el Estado realice consultas con algunos actores de la sociedad civil. Una vez realizada la propuesta el Estado proponente busca el respaldo de otros Estados, por intermedio de consultas y reuniones bilaterales con las misiones permanentes de otros Estados ante la OEA.

³⁷ Arts. 36 y 37.

³⁸ Art. 52.

³⁹ Art. 53.

⁴⁰ AG/RES. 2120 (XXXV-O/05), Presentación de los candidatos y candidatas para integrar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 7 Junio 2005; AG/RES. 2166 (XXXVI-O/06), Presentación pública de los candidatos y candidatas para integrar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 Junio 2006.

El sistema de selección carece de transparencia, es marcadamente confidencial, no fomenta tomar decisiones en base al mérito y los antecedentes de los candidatos, además de carecer de un balance razonable entre la representatividad y otros criterios objetivos de apreciación de la capacidad del postulante.⁴¹

La situación es particularmente preocupante ya que deslegitima una Corte que ha invocado para sí la capacidad de señalar una lectura vinculante de la CADH, mediante la doctrina del control de convencionalidad, posición que requiere contar con un fuerte respaldo basado en procesos de designación que garanticen la idoneidad y la independencia. La ausencia de un proceso adecuado de selección resta limita la legitimación de los jueces elegidos.

4. La diferencia entre aceptar y respetar el valor de la independencia.

¿Es posible hablar de un adecuado y efectivo acceso a la justicia ante una jurisdicción internacional si los tres elementos constitutivos de una toma racional de decisión están en alguna medida ausentes? ¿En qué medida esos recaudos básicos pueden no verse completamente cumplidos? ¿Los Estados están dispuestos a ser juzgados por un tercero independiente e imparcial y a debatir en condiciones de igualdad? ¿Cuál es el valor efectivo de las decisiones interpretativas sobre el alcance de los derechos cuando hay límites a la legitimidad de quien tiene la atribución de dilucidar la lectura correcta?

Conceptos que son pacíficamente aceptados para evaluar la calidad de la justicia en el ámbito nacional plantean dudas cuando son trasladados a la justicia supranacional. Así como en el pasado el soberano no daba cuenta de sus actos hoy los Estados han aceptado ser responsables de la violación de los derechos humanos con restricciones. Las barreras levantadas como defensas son cuestionadas por la búsqueda de razones que permitan sostener un sistema que la primera mitad del siglo pasado demostró que era indispensable. Los debates en torno a la selección de los jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los esfuerzos de Naciones Unidas para defender la independencia en el ámbito nacional constituyen perspectivas que pueden leerse en conjunto con la construcción teórica de un marco que resguarde la independencia institucional de la justicia, internacional y nacional. La independencia como condición de posibilidad de la imparcialidad resulta tan imprescindible como la imparcialidad y la igualdad, ya que son las piezas claves de una justicia capaz de proteger

⁴¹ Sobre el proceso de selección de los jueces de la Corte IDH ver TORRES PÉREZ, Aida, *La independencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde una perspectiva institucional*, (2013). SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. 121. http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/121. Consultar también CEJIL, Los Debates sobre el rol de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Democracia Memoria Histórica del Proceso de Reflexión del Sistema Interamericano de Derechos Humanos 2011/2014, Buenos Aires, 2014.

derechos y contribuir a fijar su alcance. Lo cual vale tanto para la justicia nacional como para la supranacional.