

Revista Crítica Penal y Poder

2016, n° 10

Marzo (pp.134-145)

Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos

Universidad de Barcelona



TRÍPTICO DE LA JUSTICIA

Walter Antillón

Universidad de Costa Rica

Dedico este ensayo al juez español Perfecto Andrés Ibáñez

“La independencia judicial implica que los jueces resuelven los asuntos que conocen con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motive” [Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, *adoptados por el 7mo. Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985; y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985*].

I. El servicio de la Justicia

¿Cuáles eran las ideas y las instituciones dominantes relacionadas con el servicio de la Justicia en el ‘Mundo Civilizado’, durante la tercera década del Siglo XIX, es decir, en la época en que el grueso de las flamantes repúblicas Latinoamericanas han conseguido ya su independencia y se disponen a definir su estructura político-constitucional?

Para lograr que se entienda lo ocurrido con los jueces y la Justicia en Latinoamérica, hay que explicar cómo la conformación del Estado Moderno, según el dominante diseño napoleónico, se produjo en condiciones de un radical desconocimiento de la verdadera naturaleza de la función del juez en el Estado (Aclaro que cuando en adelante uso la palabra **juez**, me refiero al órgano juzgador en general, tanto singular como colegiado).

La función jurisdiccional, que consiste centralmente en la actividad de tramitar, pero sobre todo en la de sentenciar sobre conflictos jurídicos particulares, es realizada de manera completa, en cada caso concreto, por parte del juez competente: una tarea cumplida en solitario, con total prescindencia de los demás jueces; a diferencia de lo que ocurre con la Administración Pública, cuyas funciones sólo pueden ser jurídicamente cumplidas por el jerarca, aunque vengan preparadas por decenas de funcionarios de los estratos inferiores.

Entonces, si cada juez, en cada sentencia, en virtud de la especial naturaleza de su oficio, agota por sí solo la función jurisdiccional y asume toda la responsabilidad, me parece que queda claro y a la vista por qué la función jurisdiccional es, por su esencia, incompatible con estructuras jerárquicas; y por qué podemos afirmar que la titularidad del “poder judicial” corresponde a cada juez de la República, y no a un órgano central.. Y en ese punto, que es decisivo en orden a su caracterización, lo judicial difiere sustancialmente de todas las otras estructuras y funciones del Estado. El Legislador produce la ley; el Ejecutivo gobierna y administra; frente al Legislador, el Juez hace prevalecer los valores de la Constitución; frente al Ejecutivo, el Juez hace prevalecer los valores de la Constitución y de la Ley. El Juez no despliega un poder junto a los otros poderes: el Juez despliega un contrapoder en el Estado.

Éstas son cosas que sabemos ahora, gracias a la reflexión teórica sobre el proceso jurisdiccional y sobre la función judicial, iniciada en Europa en la segunda mitad del Siglo XIX por los pandectistas alemanes, y proseguida infatigablemente hasta el día de hoy por los procesalistas de Europa y América. Naturalmente que Napoleón no estaba en posición ni en capacidad de comprenderlo, puesto que tampoco lo entendían los juristas de su tiempo; y por eso, siguiendo su instinto de estrategia militar y sus tendencias centralistas, al delinear el sistema judicial, constriñó a los jueces dentro de una estructura jerárquica piramidal semejante a la de la Administración Pública, que era esencialmente la misma de las Fuerzas Armadas.

Este fatal error, que nadie entonces estaba en capacidad de advertir, y que se propagó en Europa y Latinoamérica en alas del prestigio del que entonces gozaba la Codificación Napoleónica, está en la raíz de casi todos los males que padecemos en punto a organización judicial y administración de justicia.

Entre otras desgracias, este error de concepción de la organización judicial en la forma de una pirámide jerarquizada, se combinó en aquel momento con la utilización apresurada de la doctrina de la separación de los poderes de Montesquieu, para dar lugar, en el diseño de la estructura del Estado, a la consolidación de la idea de una ‘Cúpula Judicial’ equidistante y equivalente a la Cúspide Legislativa y a la Cúspide Gubernamental/Administrativa. Y así como ésta última, por la naturaleza centralizada de sus funciones, tiene necesariamente que ostentar la titularidad del Poder Ejecutivo, así también, por imitación, pero de modo innecesario y aberrante, por una falsa analogía, se ideó una ‘cúspide judicial a la que se atribuyó la titularidad de lo que se llamó “Poder Judicial”; siendo que, repito, por su

esencia, el titular del poder inherente a la función jurisdiccional sólo puede ser cada uno de los jueces de la República; y donde queda excluida la jerarquía, no puede haber cúpulas.

¿Cómo, entonces, pudo prosperar la idea de la cúpula judicial? Podría hipotizarse a su favor que EL JUEZ COMUN, titular auténtico del ‘poder judicial’, individualmente considerado es pequeño y débil frente a esos colosos que son el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, y frente a los llamados ‘poderes fácticos’; y entonces se habría necesitado crear otro coloso equivalente a aquellos para protegerlo. Pero esa metáfora darwiniana debe desecharse por primitiva y simplista: en el Estado moderno el juez común, el juez a secas, no necesita una Corte Suprema en función de guardaespaldas, sencillamente PORQUE SU FUERZA RADICA EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LA LEY.

El origen de la idea de una cúpula judicial superior descansa en un equívoco: de la tesis MONTESQUIANA de la separación en el ejercicio de las que entonces se consideraba las tres funciones más importantes del Estado: la legislación, la justicia y el gobierno/administración, se pasó inadvertidamente a la idea de la necesidad de tres correlativos núcleos de poder personificados en la Asamblea Legislativa, el Presidente de la República y la Corte Suprema de Justicia: he aquí a los tres colosos que gobiernan el Estado, guardando sus distancias y procurando un sano equilibrio de poderes (dicho sea de paso, la única función en la que la Corte Suprema en pleno alternaba como ‘Poder’ con los otros Poderes, era la función de control de constitucionalidad de las leyes y otros actos normativos; pero la Corte perdió la competencia para el ejercicio de esa jurisdicción cuando la misma pasó a la Sala Cuarta, en virtud de la reforma constitucional respectiva).

Pero los constituyentes y legisladores del Siglo XIX y de buena parte del Siglo XX sucumbieron ante algo que sólo era un prejuicio: se arguyó falazmente que para conseguir la separación entre las tres funciones básicas del Estado, tenía que haber sendos núcleos de poder unificado para administrarlas. Lo cual es falso, como antes dijimos, porque contraría la lógica interna de la Jurisdicción, que no es función de un órgano supremo, como la Asamblea o el Poder Ejecutivo, sino de cada juez, grande o pequeño, singular o colegiado.

De modo que prevaleció aquel despropósito napoleónico, el cual fue ‘constitucionalizado’ en todos los países; y de inmediato produjo como consecuencia una brecha profunda entre, por un lado, los jueces miembros de la cúspide, a quienes se atribuía ser titulares de un poder del Estado, y por otro lado los restantes jueces, los cuales, por exclusión, carecerían de esa titularidad.

Y produjo fatalmente la no conveniente formación de una distancia entre la casta de los supremos y los no supremos en lo que atañe a tratamiento, salarios, beneficios y privilegios; y en lo que atañe al nombre, porque en casi todas partes a los primeros se les llamaría ‘magistrados’.

Y produjo también la falsa necesidad de diversificar y separar netamente los nombramientos de los jueces: constreñidos dentro del esquema de Montesquieu, (y excluida la alternativa de la elección popular), los jueces ‘supremos’ o magistrados, dada su condición de tales, merecerán fatalmente ser nombrados nada menos que por alguno de los restantes órganos supremos: el Parlamento, o el Rey (o Primer Ministro, o Presidente); mientras que los otros jueces serán nombrados, repito, por ‘la Corte de los supremos’, o Corte Suprema, precisamente por su calidad de jerarca.

Y produjo como consecuencia la atribución a la cúspide de las potestades reglamentaria y de gobierno; pero también la mencionada perniciosa atribución del poder de nombramiento, traslado y remoción; y del poder disciplinario sobre los demás estratos de la pirámide judicial; con su secuela de abusos, servilismo, etc.

En su desarrollo histórico institucional, Latinoamérica ha ensayado las limitadas opciones que ofrece el esquema montesquiano como si fueran las únicas. Porque, en efecto, de acuerdo con dicho esquema, si los titulares del Legislativo y el Ejecutivo son electos popularmente, el Judicial, que no lo es, se reclutará por nombramiento proveniente de alguno de los otros dos ‘Poderes’, o por ambos. Ahora sabemos que era posible romper el “Huevo de Colón” de la tesis montesquiana.

En todo caso, los resultados del funcionamiento del sistema que adoptamos han sido generalmente malísimos desde el punto de vista de la independencia, la dignidad, la excelencia y la estabilidad de cada juez; y desde el punto de vista de un sano desarrollo institucional.

Para que después no dijéramos que nadie nos advirtió, en Costa Rica tuvimos la suerte de contar con un testigo de excepción en la persona del jurista cubano don Antonio ZAMBRANA, que vivió entre nosotros entre fines del Siglo XIX y principios del XX; y que en 1907 publicó los siguientes comentarios sobre el tema que nos ocupa:

“...Tiene la mayor importancia para la buena organización del derecho en toda sociedad que aspira a gobernarse por sí misma, el buen establecimiento en ella de lo que se llama la justicia del país. Entre los ingleses, que son los únicos pueblos libres del Mundo, así se ha entendido siempre; y lo primero que se necesita para eso es la perfecta independencia del poder judicial con respecto a todo influjo de afuera...” (Antonio Zambrana, *Estudios Jurídicos*, Tipografía Nacional, San José, 1907, 4)

“... Tenemos en los pueblos nuestros justicia a veces docta, pero nunca independiente de veras. En Costa Rica se nombran los Magistrados por el Congreso Legislativo, lo cual ata indispensablemente los primeros a las pasiones de la política, por más que en la teoría se mantenga el principio de que los jueces no deben dejarse perturbar por ellas, como si se dijera que una persona a quien se priva de alimentos no debe sentir hambre...” (Antonio Zambrana, *Estudios Jurídicos*, Tipografía Nacional, San José, 1907, 39/40).

La advertencia de Zambrana no parece haber tenido ninguna consecuencia en las normas ni en las instituciones vigentes de la organización judicial costarricense durante el siglo largo que la separa de nuestra época; pero los hechos durante ese arco de tiempo, especialmente en los últimos treinta años, demuestran la realidad del peligro contra la independencia del juez que entrañaba el sistema criticado por él: hemos presenciado las componendas políticas impuestas por los partidos mayoritarios como criterio de selección de los magistrados; hemos presenciado, entre otras situaciones similares, el sometimiento de la Sala Constitucional a los criterios esgrimidos y a los intereses defendidos por el Poder Ejecutivo y los defensores del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, entre los años 2007 y 2009. Hemos constatado el trato privilegiado recibido por varios expresidentes y exministros de parte de la Corte y el Ministerio Público; hemos denunciado los procedimientos arbitrarios de las Comisiones de Nombramientos de la Asamblea Legislativa en casos recientes, etc.

Y es que, en efecto, un sistema piramidal, con el poder concentrado en una cúpula llamada corte suprema, y en el que la designación de los magistrados de dicha corte es realizada por una asamblea legislativa controlada por las cúpulas de los partidos políticos mayoritarios, no puede evitar una altísima probabilidad de degradaciones autoritarias en el interior, e interferencias del exterior, en menoscabo de los principios constitucionales de legalidad, libertad, igualdad e independencia de los jueces.

Desde el punto de vista externo, no es de ninguna manera ilusoria la vulnerabilidad que puede conducir al sometimiento, visible u oculto, de los jueces supremos a las fuerzas políticas y, por mediación de éstas, a la influencia de los llamados poderes fácticos; ya que está comprobada la tendencia de la cúpula política al autoritarismo inter-poderes, que se refleja en el intento constante de manipular los nombramientos de los magistrados y, por ese camino, inmunizarse contra el riesgo de acusaciones.

El ideal es que, como dice declaración de la ONU de 1985, los jueces resuelvan los asuntos que conocen con imparcialidad,

“...basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo”

En cuanto al peligro de interferencias y presiones provenientes de dentro del propio sistema judicial, que buscan el sometimiento de los jueces ordinarios a los criterios de sus jerarcas inmediatos o de las Salas de la Corte Suprema, el mismo se presenta en la forma de estructuras de vigilancia, control y represión de actividades de los jueces que entrañen dolo, culpa o desaplicación de instrucciones y circulares de parte de órganos auxiliares de la Corte Suprema.

El temor constante de estar sometidos en última instancia a decisiones que pueden ser arbitrarias y, a la vez, impunes, produce un ambiente de tensión e intrigas, con fenómenos correlativos de desmoralización, desaliento y desmotivación de los jueces ordinarios; o produce situaciones de adulación y arribismo de los miembros de la base hacia la cúpula; y una despiadada lucha por subir a cualquier costo. Y una consecuencia observable de dicha situación es la tendencia general a la disminución de la calidad y cantidad del trabajo, a pesar del incremento del número de los jueces, mejora salarial, etc.

¿Cuál es el camino a seguir? Una solución satisfactoria por sus resultados fue la del Consejo Superior de la Magistratura diseñado en la Constitución italiana de 1948 con base y a partir de la ruptura del círculo montesquiano; el cual continúa vigente con pequeños ajustes, y está fundado en los siguientes principios: a) La igualdad de todos los jueces (incluyendo los magistrados): los jueces sólo se distinguen por las funciones que realizan; b) La base salarial de los jueces es una sola; c) El gobierno judicial está a cargo de un órgano específico, de composición heterogénea, de rango constitucional no inferior al Parlamento, ni al Presidente de la República, ni al Gobierno.

El modelo de Consejo italiano fue bien adaptado, por ejemplo, en Portugal y Grecia; y mal adaptado en España. En Latinoamérica, en los últimos treinta años, se ha creado en varios países un órgano que recibe ese mismo nombre de Consejo de la Judicatura, o del Poder Judicial; pero se trata de una parodia, porque es un Consejo subordinado a la Corte Suprema, mientras que en el modelo italiano, el Consejo Superior, al nivelar a todos: jueces y magistrados, acabó con la supremacía de las Cortes Superiores.

II. Ministerio Público de la Acusación y Ministerio Público de la Defensa

Volvamos al punto de partida: decía Freud, más o menos, que el primero que había insultado a su vecino en vez de tirarle una piedra, fue el fundador de la Humanidad; pero además, al provocar simbólicamente la igualación por la palabra, hizo de aquella piedra la primera piedra a partir de la cual se erigió el Parlamento y se originó la lucha por la Democracia. Y cuando ambos disputantes encontraron a un tercero que los escuchara, estaban iniciando la magna epopeya de la Justicia.

Hay que hablar al pueblo, incansablemente, de Democracia y de Justicia, que llegan a fundirse en unidad, porque no puede haber democracia injusta, ni verdadera justicia que no sea para todos.

La palabra justicia evoca inmediatamente la figura del juez; pero el juez no se basta a sí mismo para realizar la justicia. Búlgaro, un glosador boloñés del Siglo XII, decía que el *processus iudicii* es un drama con tres personajes: actor, demandado y juez (*processus est actus trium personarum: actoris, rei, iudicis*). Y como el drama, también el proceso transcurre a través de un ‘acto primero’, un ‘acto segundo’, etc., para llegar a un desenlace,

que es la sentencia.

La justicia se encarna en la sentencia, que es la culminación y el resultado de aquella secuencia de actos cumplidos por los contendientes en procura del fallo judicial: el proceso marcha hacia la sentencia. Y por eso los romanos hablaban de *processus iudicii*: movimiento hacia el juicio, camino de formación del juicio que sera vertido en la sentencia; y los actos iniciales e interlocutorios que como ponen el proceso se disponen y ordenan en función de aquel juicio que pronunciará el juez al final.

Pero el proceso jurisdiccional no se contenta con un juicio cualquiera: debe tratarse de un juicio justo, o pretendidamente justo; y para eso cumplir una delicada etapa de preparación, en la que la intervención constante y equilibrada de las partes contendientes es indispensable.

Un proceso penal como es debido, esto es: el “debido” proceso, se sustenta en el defensor, tanto como en el fiscal o el juez: el juez no es objetivo por naturaleza, ni es omnisciente: para evitar que tome partido se necesita que se abstenga de actuar hasta que alguna de las partes requiera su intervención; y que ambas, en posición de igualdad, le relaten sus hechos y produzcan su prueba; y produzcan también los argumentos en pro y en contra; de modo que él, el juez, pueda ir formándose criterio acerca de la verdad de los hechos y del valor de los argumentos jurídicos. Si el propio juez decidiera iniciar el caso por su cuenta, con base en una impresión *prima facie*; o si las partes no interactuaran en el proceso en posición de real igualdad, hay riesgo de que ese juez no alcance a desarrollar el talante necesariamente imparcial propio del “tercero en discordia”, ni el criterio objetivo adecuado para pronunciar la sentencia justa.

Ahora muchos pensamos que este discurso plenamente adaptable al ámbito penal, en donde las partes, no en sentido material (imputado y víctima), sino en sentido técnico-funcional, son el fiscal y el defensor; pensamos, repito, que ese discurso proclama que fiscal y defensor gocen, cada uno de ellos, de una condición independiente y se encuentren en posición de real igualdad: condiciones insuprimibles para que un juez igualmente independiente dicte la mejor sentencia posible, según las circunstancias.

En los tiempos que corren oímos siempre insistir, con sobrada razón, en la esencialidad del juez independiente; porque de la dogmática de los Derechos Humanos resulta que todo ser humano posee un derecho fundamental a que los pleitos judiciales en los que participe sean tramitados y juzgados por un juez independiente.

En cambio se insiste mucho menos en su derecho, igualmente fundamental a que, si participa en un proceso penal (y en particular si es imputado), el fiscal que (lo) acusa y el defensor que (lo) defiende, gocen también de plena independencia. ¿Por qué la diferencia?

A propósito de esto hay toda una historia que concierne conjuntamente al ministerio público de la acusación y al ministerio público de la defensa.

¿Por qué un Ministerio Público de la Defensa? No creo que se trate de un prurito meramente semántico. Si comparamos las funciones de acusar y defender, podemos observar sin esfuerzo que en ambos casos se trata de un ‘servicio público’, que no otra cosa significa *ministerium publicum*; que en ambos casos se trata de un ministerio de índole procesal que cada uno de ellos cumple en interacción con el otro. Se trata de verdaderos gemelos procesales que requieren ser milimétricamente equiparados para que se cumpla una exigencia básica del proceso jurisdiccional universalmente reconocida: la igualdad de armas en el proceso, que por lo demás es un mero reflejo de la igualdad de condición y de la igualdad en dignidad.

Y entonces me parece más que oportuno usar ese mismo nombre de ‘ministerio’ o ‘servicio’ para definir ambas funciones, porque es muy importante que nos acostumbremos a equipararlos, en aras de la buena salud de la justicia, como que son dos vertientes de un mismo servicio estatal. Los examino por separado.

La vertiente acusatoria

Considerado desde la cultura del debido proceso, sentimos que el Ministerio Público de la Acusación nació marcado con el signo de la parcialidad, que ahora nos va pareciendo sea su pecado original. Desde el Siglo XIV francés, el entonces llamado ‘procurador’ nació como el escudo jurídico del rey; y esto apenas cambió en los quinientos años que siguieron.

En el caso del Ministerio Público, ha sido necesario que transcurriera todo el Siglo XX con sus experiencias más traumáticas, e incluso la primera década del Siglo XXI, para que los estudiosos empezaran a ver claro la necesidad de cambiar a esos defensores a ultranza de los magistrados superiores de la República, en un cuerpo de fiscales independientes en los mismos términos en que se exige que lo sean los miembros del cuerpo judicial.

Ha sido preciso que pasaran todas las cosas que pasaron en ese tiempo, y siguen pasando ahora, para que se revelara el papel eminentemente político-partidista que en muchos países ha jugado el Ministerio Público en la persecución y en la no persecución de los delitos.

No cabe duda: es básica, imprescindible, la independencia del juez; pero es el fiscal quien posee la *potestas laudatoria nomine rei*; en otras palabras, la llave de la puerta de ingreso a la justicia penal; y hay un grave riesgo de que esa puerta se abra cuando no deba hacerlo o permanezca cerrada cuando deba abrirse, si el fiscal a cargo no es independiente.

La vertiente defensoria

En cuanto a la Defensa pública, el Proceso Común medieval instaurado a partir de los

Siglos XIII y XIV la regulaba minuciosamente, lo que no la libraba de ser al fin y al cabo inoperante en el contexto ideológico e institucional de los procesos inquisitoriales, antes y después de la Clementina Saepé. Y esto no mejoró con las Siete Partidas, con la Carolina, con la Ordenanza Criminal de Luis XIV, ni con la Novísima Recopilación de 1805.

Creo que el origen de esta indefensión plurisecular se encontraba en las poderosas y omnipresentes ideas cristianas del pecado y la salvación del alma: frente a esta excelsa problemática ‘a lo divino’, la subalterna cuestión de la inocencia o culpabilidad de un triste imputado lucía como algo de poca importancia a los ojos de los inquisidores.

En rigor de verdad, para estos señores nadie era inocente, de manera que, entre otras cosas, no había razón para escatimar el dolor físico en el curso del proceso, ni siquiera para los testigos. Y aquella regla de la pecaminosidad universal, que era un dogma de fe, tuvo su correlato procesal en el principio de presunción de culpabilidad y en la inversión de la carga de la prueba.

Pero no creamos que estas aberraciones, denunciadas y aparentemente derrotadas por obra de Voltaire, Filangieri, Beccaria y Mario Pagano en el Siglo XVIII, en el ámbito del Derecho Continental Europeo, sirvieron para institucionalizar la garantía de la defensa técnica para todos en el proceso penal. Si bien es cierto que un supuesto derecho de los imputados a la ‘defensa de oficio’ se proclamó y se extendió por doquier a partir de la Codificación Napoleónica, en la mayoría de los países no aseguró ni de lejos una verdadera y efectiva defensa en juicio, sino que se quedó en puras apariencias. Detrás de las proclamas garantistas de la Revolución Francesa, sobreviviría por mucho tiempo la presunción de culpabilidad y su corolario lógico: la banalidad de la defensa del imputado.

En Costa Rica, por ejemplo, los que todavía alcanzamos a ejercer la judicatura y la abogacía durante la vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1910 y de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1937, pudimos constatar la burla sangrienta que significó la nugatoria práctica de la llamada ‘procuración o defensa gratuita, o de oficio’ que, cambiando a veces de nombre, se mantuvo por más de cien años al amparo del Reglamento Orgánico de 1842, de la Ley Orgánica de Tribunales de 1887 y de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1937, aunque contemporáneamente sucesivas Constituciones Políticas y Tratados Internacionales “consagraban” el derecho de todo imputado de contar con una defensa efectiva y oportuna en el proceso penal. A nadie debe quedarle ninguna duda: durante todo ese tiempo, en un País que pasa por civilizado, los imputados pobres, que eran abrumadora mayoría, fueron juzgados y casi seguramente condenados en estado de indefensión.

Frente a semejante barbaridad, llama la atención la insignificancia de los esfuerzos oficiales que se hizo para ponerle remedio. Por ejemplo: con base en la Ley de Defensores Públicos

número 13 de 2 de junio de 1928 se dispuso que un cuerpo de diez defensores remunerados por el Estado atendiera la defensa penal de pobres en todo el País: intento irrisorio que, además, quedó sin respaldo presupuestario pocos años después, en razón de la Crisis Económica Mundial de 1929/32. Luego su vigencia fue suspendida a partir de otra Ley de 1934; y en ese estado de coma permaneció, virgen y mártir, 32 años más, hasta su derogación en 1966. Y mientras tanto la masacre de la indefensión iba sumando años; mientras que, como decía el tango, “el carnaval del mundo gozaba y se reía”.

Era evidente que la defensa en juicio, que todos exhaltaban y defendían fervorosamente en abstracto, se convertía en ‘materia odiosa’ cuando se trataba de defender a los imputados en el proceso penal. Los imputados penales, que pertenecían casi invariablemente a las clases pobres, eran por definición culpables; y el oficio de defender culpables se convierte, en el ideario de la gente decente, en un oficio culpable. Y ¿qué hizo la Corte con ese oficio culpable? Olvidarlo, posponerlo, minimizarlo.

Fue necesario un informe de los Magistrados don Ulises Odio y don Fernando Coto Albán elaborado en 1967, acerca de la perentoria necesidad de la Defensa Pública en Costa Rica, para que la Corte Plena se decidiera, un poco a rastras, a promulgar el llamado Reglamento de Defensores en mayo de 1970. Y de esa modestísima manera inició su vida institucional la Defensa Pública, hermana ‘cenicienta’ de la Fiscalía, pero destinada a cumplir el más humanitario de los roles que se desarrollan en el proceso penal, que es la tutela de los más preciados derechos de la persona del imputado frente a la pretension punitiva del Estado.

Naturalmente, la regulación de la benemérita institución de la defensa pública se mantuvo a nivel de reglamento durante más de veinte años, hasta que la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial número 7333 de 5 de mayo de 1993 se dignó dedicarle 8 (¡ ocho !) de sus 264 artículos. Ocho artículos para la Defensa Pública, frente a los cincuenta y seis artículos que componen la Ley Orgánica del Ministerio Público: se confirma de nuevo el desfavor con el que se mira a la Defensa: la crónica registra los momentos en que se le escatiman salarios, recursos técnicos, jerarquía, reconocimiento.

La Defensa Pública debe defender, y para hacerlo adecuadamente no puede subordinarse ni directa ni indirectamente a los criterios de la jerarquía judicial ni de ningún otro poder, para impedir el riesgo de incurrir en la no defensa o en la defensa aparente o pseudo-defensa de los imputados.

Juntas

En suma, si la piedra de toque de la independencia judicial son los poderes políticos y los poderes fácticos, no basta que se postule en la Constitución la independencia “del Poder Judicial”, o de cada juez, del rango que sea; también debe garantizarse institucionalmente la independencia orgánica y funcional de los fiscales y los defensores públicos en general, y

no solo de los jefes de dichos cuerpos, porque el trípode de la justicia se sostiene en cada una de sus tres patas: ninguna puede fallar.

Y aquí milita una razón práctica que la experiencia ha confirmado: si sólo se postula la independencia del jefe, las presiones que los poderes institucionales y los poderes fácticos están en capacidad de concentrar sobre él pudieran llegar a ser insoportables; mientras que si son independientes todos los funcionarios, se respaldarían unos a otros, formando una malla inexpugnable.

En un libro delicioso, de reciente aparición (*Tercero en Discordia*; Trotta, 2015), el juez Perfecto Andrés Ibáñez, Magistrado Emérito del Tribunal Supremo de España, nos muestra las dramáticas diferencias de funcionamiento de un Ministerio Público con verdadera independencia, como el italiano, y los de Alemania, Francia y España, en donde el Ministerio Público está bajo la autoridad o la tutela de los gobiernos;

En Italia, así como no existe una pirámide judicial con un jerarca en la cúspide, porque la Constitución dice que los jueces sólo se distinguen por las funciones que cada uno cumple, tampoco hay un Jefe del Ministerio Público; sino que las agencias regionales del ramo son independientes entre ellas, e independientes de todo otro poder jurídico o fáctico; y los resultados de un ejercicio independiente de la judicatura y la fiscalía en los últimos treinta años están a la vista: Italia es el único país en el Mundo en que han sido condenados por sobornos, peculados, malversaciones y otras corrupciones decenas de políticos y altos funcionarios, generales, obispos, banqueros, industriales, armadores y otros magnates, incluyendo ex-ministros y ex-primeros ministros; y hay cientos de mafiosos en la cárcel, incluyendo ‘capos’ que se creía intocables. El propio Berlusconi, ni aún en el tiempo en que era Primer Ministro, tenía al Parlamento en el bolsillo y contaba además con un enorme poder mediático y económico, pudo quitarse de encima los juicios planteados por un Ministerio Público insobornable, que amagaba y golpeaba desde distintas regiones, según iban apareciendo los numerosos delitos del ‘Cavaliere’.

En Alemania, en cambio, un Ministerio Público subordinado al Poder Ejecutivo ha permitido y ocultado las corrupciones de la cúpula del poder y de las altas finanzas (ver Raoul Muhm: *Dependencia del Ministerio Fiscal del Ejecutivo en la República Federal Alemana (crisis del modelo y perspectivas de reforma)* en la Revista “Jueces para la Democracia” Número 22, febrero de 1994).

En el caso de Francia el modelo es napoleónico, tallado sobre la vieja figura del ‘Procureur du Roi’, y obedece a dos principios: la sumisión al Poder Ejecutivo y la articulación jerárquica que culmina en el Ministerio de Justicia; y en el caso de España también estamos ante el modelo napoleónico: estructura piramidal, articulada bajo los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica en cuya cúspide se encuentra el Fiscal General del

Estado, nombrado por el Rey pero, en realidad, designado por el Gobierno de turno, al igual que los demás fiscales. Y el resultado ha sido en ambos países la frecuencia con que aparecen los esfuerzos del Ministerio Público, no para esclarecer y enjuiciar, sino para ocultar, minimizar o tolerar los deslices de las grandes figuras políticas, financieras, religiosas, etc.

Conclusiones

Como consecuencia de lo antes expuesto, creo que nuestro esfuerzo como juristas debe apuntar sobriamente:

- En primer lugar, a luchar para hacer realidad la educación democrática del pueblo, para que tome conciencia de su dignidad y de sus derechos, los ejerza adecuadamente y vigile con criterio sano la actividad de los gobernantes y respalde los esfuerzos de sus jueces, fiscales y defensores en el cumplimiento de sus deberes;
- En segundo lugar, a afinar los criterios de elección y permanencia en el cargo de los jueces, fiscales y defensores, a fin de garantizar institucionalmente su independencia interna y externa; y con ello, no sólo que los procesos sean resueltos justamente, sino que las puertas de los tribunales se abran para todos, sin privilegios ni distinciones;
- En tercer lugar, a luchar para que una reforma constitucional: a) nos libere al fin del modelo napoleónico; y nos provea de los órganos y mecanismos necesarios para garantizar la independencia del juez; y b) que otorgue rango supremo a los institutos del Ministerio Público de la Acusación y del Ministerio Público de la Defensa, en plano de perfecta igualdad institucional; y consagre la independencia de sus agentes como una garantía también esencial de la recta administración de la Justicia.
- En cuarto lugar, en el caso del proceso penal, tener claro que éste, por perfecto que sea y por bien que funcione, no es ni de lejos el remedio para las grandes lacras que agobian a la comunidad humana en el sistema capitalista.

Vuelvo a decirlo: el verdadero remedio es una efectiva justicia social, que no es otra cosa que la auténtica democracia. Y cito a Radbruch: la mejor política criminal es una buena política social.