

Los beneficios posicionales como Incentivo a la Corrupción Judicial

Positional benefits as an Incentive to Judicial Corruption

Hugo SELEME*

RESUMEN: Los diferentes mecanismos empleados para combatir la corrupción y garantizar la independencia de los jueces pueden producir efectos contradictorios. El trabajo muestra los efectos contradictorios que tiene la utilización de dos mecanismos usualmente empleados para combatir la corrupción: la concesión de altos beneficios posicionales a quienes ocupan cargos judiciales (básicamente los beneficios asociados con la remuneración y el salario), por un lado, y la selección de funcionarios dotados con ciertos rasgos de carácter que los vuelvan inmunes a la tentación de la corrupción, por el otro. Los mecanismos que hemos diseñado para garantizar la selección de individuos con estos rasgos de carácter ven amenazada su eficacia por la concesión de altos beneficios posicionales.

PALABRAS CLAVE: corrupción judicial; altos beneficios posicionales; selección de funcionarios; cargos judiciales; salario.

ABSTRACT: The different mechanisms used to fight against corruption and guarantee the independence of judges may have contradictory effects. The paper explores the contradictory effects of two anticorruption devices: granting high positional benefits to those who hold judicial positions (basically the benefits associated with salary), on the one hand, and selec-

* Investigador del CONICET, Universidad Nacional de Córdoba. Contacto: <hugoseleme@gmail.com> Fecha de recepción: 14/07/2021. Fecha de aprobación: 20/10/2021.

ting officials endowed with certain character traits that render them immune to temptation, on the other hand. The efficiency of the mechanisms designed to guarantee the selection of individuals with these character traits is threatened by the presence of high positional benefits.

KEYWORDS: Judicial Corruption; high positional benefits; selecting officials; judicial positions; salary.

I. INTRODUCCIÓN

Garantizar la independencia de quienes ejercen la magistratura ha sido una de las preocupaciones más persistentes en las repúblicas que optaron por la división de funciones de gobierno como herramienta para evitar el uso despótico del poder estatal. El único modo de que los ciudadanos estén sometidos sólo a la ley –y no a la voluntad arbitraria de quienes ejercitan el poder gubernamental– consiste en que quienes las aplican sólo respondan a sus mandatos y, por lo tanto, sean inmunes a las presiones y tentaciones que podrían desviarlos de su camino.

Una judicatura que incumple con su deber de decidir las causas que se someten a su juicio únicamente teniendo en mente lo que el derecho prescribe, ha sido el fantasma que ha rondado a todas las repúblicas modernas. Dos fantasmas las han asolado. El primero, ha sido el de tener una judicatura temerosa frente a las presiones y amenazas externas, que la incapacite para cumplir con su deber de aplicar el derecho. El segundo, ha sido tener una judicatura corrupta, vulnerable a la tentación de obtener beneficios personales a cambio de no cumplir con su deber de aplicar el derecho.

El temor a una judicatura desviada ha sido tan grande que el propio Montesquieu, uno de los principales propulsores de la división e independencia de los poderes del Estado, sugería no contar con un cuerpo permanente de jueces. Así, señalaba en el Libro XI, Cap VI Sobre la Constitución de Inglaterra: “El poder judicial no debe darse a un Senado permanente, sino que lo deben ejercer personas del pueblo, nombradas en ciertas épocas del año de la manera prevista por la ley, para formar un tribunal que sólo dure el tiempo que la necesidad lo requiera (.) De esta manera, el poder de juzgar, tan terrible para los hombres, se hace invisible y nulo, al no estar ligado a determinado estado o profesión. Como

los jueces no están permanentemente a la vista, se teme a la magistratura, pero no a los magistrados”¹.

La solución de Montesquieu, no sólo aventaba el riesgo de que los ciudadanos estuviesen sometidos a las personas que ejercitaban la judicatura, sino que, adicionalmente, volvía a los propios magistrados invulnerables a la amenaza o a la recompensa al transformarlos en invisibles. Si quienes ocupan el cargo de juez son ciudadanos comunes, que cambian de manera constante, es difícil hacerlos objeto de amenaza o soborno.

Las repúblicas modernas, que no siguieron este consejo, han tenido que lidiar con el problema de cómo garantizar que un conjunto permanente de individuos que ejercen “el terrible poder de juzgar” lo hagan sólo guiados por la ley. El tener un cuerpo permanente de jueces “a la vista” aumenta el riesgo de que sean atemorizados, por las amenazas, o corrompidos por las recompensas. Esta última amenaza a la independencia, la de ser corrompidos, ha sido especialmente grave en nuestro subcontinente². Así, en la audiencia pública sobre corrupción y derechos humanos celebrada en Febrero del 2019 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las organizaciones de la sociedad civil señalaron que “el fenómeno de la corrupción es extendido e incluye sobornos,

¹ Por supuesto, Montesquieu temía además que los jueces tuviesen un poder incontrolado.

² Al hablar de independencia en relación con el poder judicial usualmente se hace referencia a dos cosas diferentes. En primer lugar, uno puede referirse a la independencia del propio poder frente a los otros dos poderes del Estado. En segundo lugar, puede hacerse referencia a la independencia de los jueces a la hora de tomar una decisión en particular Cfr. Charles Gardner Geyh, *When Courts and Congress Collide: The Struggle for Control of America's Judicial System*, Ann Harbor, University of Michigan Press, 2006, p 6. Esta última independencia puede predicarse en relación con individuos que ocupan los otros poderes del Estado, las partes, o terceros. Es este tipo de independencia el que es relevante a los efectos de este trabajo.

compra de jueces (...)”, entre otras circunstancias³. El mismo año, volviendo patente el problema, en Brasil salía a la luz que veintiún jueces habían recibido algún beneficio irregular durante los años previos a cambio de dictar sentencias. El caso más grave fue el de un magistrado del Tribunal de Justicia de Bahía que cobró 100.000 dólares en 2007 por fallar a favor del entonces intendente de Sao Francisco de Conde denunciado por malversación de fondos.

El problema de la corrupción de los funcionarios en general ha estado presente en la agenda de los Estados americanos al menos desde mediados de los años 90’s cuando se dictó la Convención Interamericana en Contra de la Corrupción. La convención identifica los actos de corrupción (art. VI) y establece la obligación de los Estados de implementar mecanismos para erradicarlos. Entre estos mecanismos se encuentra la persecución penal, asumiendo los Estados la obligación de tipificarlos en sus códigos (art. VII). La corrupción también ha sido objeto de preocupación de la comunidad internacional, y no sólo de los Estados americanos. La Convención de las Naciones Unidas en Contra de la Corrupción, junto con enumerar las acciones corruptas establece el compromiso de los Estados de diseñar mecanismos para combatirla⁴.

A pesar del compromiso declarado de los Estados por acabar con la corrupción, erradicarla del seno del poder judicial no se ha mostrado una tarea fácil. Las causas seguramente son múltiples. En lo que sigue pretendo explorar una de ellas. La hipótesis que defenderé es que los diferentes mecanismos empleados para combatirla producen, en algunas ocasiones, resultados incompatibles o contradictorios. Si la hipótesis es cierta, la idea de que sumar mecanismos de lucha contra la corrupción siempre es positiva debe ser revisada. El resultado de implementar diferentes meca-

³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Corrupción y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos,” 2019, p. 14.

⁴ Organización de las Naciones Unidas, “Convención de Las Naciones Unidas Contra La Corrupción,” 2005.

nismos no es siempre equivalente a sumar los beneficios que cada uno de ellos produciría si fuese implementado de manera aislada

Para graficar este problema general me concentraré en mostrar los efectos contradictorios que tiene la utilización de dos conjuntos de herramientas empleadas para combatir la corrupción. Para hacerlo me concentraré en mostrar los efectos contradictorios que tiene la utilización de dos mecanismos para combatir la corrupción: la concesión de altos beneficios posicionales a quienes ocupan cargos judiciales (básicamente los beneficios asociados con la remuneración y el salario), por un lado, y la selección de funcionarios dotados con ciertos rasgos de carácter que los vuelvan inmunes a la tentación de la corrupción, por el otro. Lo que se intentará mostrar, específicamente, es que los mecanismos que hemos diseñado para garantizar la selección de individuos con estos rasgos de carácter ven amenazada su eficacia por la concesión de altos beneficios posicionales.

Para alcanzar este objetivo, en la sección II analizaré un concepto de corrupción usualmente empleado. A continuación, en la sección III, presentaré los diferentes tipos de medidas que pueden ser empleadas para erradicarla. Finalmente, en la sección IV, señalaré los efectos contradictorios que puede tener la implementación conjunta de los mecanismos mencionados.

II. EL CONCEPTO DE CORRUPCIÓN JUDICIAL

El término corrupción puede ser empleado en múltiples sentidos, por eso conviene delimitar su significado. Según un concepto usual de corrupción, empleado por el Relator Especial de la ONU en su informe sobre independencia de los magistrados y abogados, existe corrupción judicial cuando se practica "(...) cualquier acción destinada a influenciar la imparcialidad e independencia

de los jueces y otros actores en la administración de la justicia, incluyendo fiscales, personal de la administración y jurados.”⁵

Este concepto posee dos características que lo hacen inapropiado para la tarea que me propongo llevar adelante. En primer lugar, se trata de un concepto genérico, carente de especificidad. Por un lado, engloba tanto los actos en los que se ofrece un beneficio o se amenaza con un castigo a un funcionario con el objeto de que incumpla con sus deberes. Así, por ejemplo, el acto de ofrecer un soborno a un juez es incluido junto con el acto de amenazarlo de muerte⁶. Por el otro, abarca a todos los actores involucrados en el funcionamiento del sistema judicial, incluidos los empleados y los ciudadanos que de manera temporal ocupan la posición de jurado.

En segundo lugar, el concepto parece identificar a la corrupción con las acciones de terceros que intentan influir en el juicio de quien tiene el deber de aplicar el derecho. No engloba a las acciones corruptas del propio juzgador que, por ejemplo, exige la concesión de ciertos beneficios como contrapartida para incum-

⁵ GARCÍA-SAYÁN, Diego, “Informe Del Relator Especial Sobre La Independencia de Los Magistrados y Abogados”, New York, 2017, p. 12.

⁶ Susan Rose-Ackerman sostiene que a los fines prácticos la distinción entre corrupción pasiva y activa, y entre soborno y extorsión posee escasa relevancia. Esto se debe a que, a fin de cuentas, en ambos supuestos “(...) both parties must agree before corruption can occur.” ROSE-ACKERMAN, Susan, *Corruption and Government. Causes, Consequences and Reform*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 53.”title”:”Corruption and Government. Causes, Consequences and Reform”,type”:”book”},”locator”:”53”,uris”:[“http://www.mendeley.com/documents/?uuid=bec9d2a7-0754-490c-a10e-3535ba3bebef”]”}”mendeley”:{“formattedCitation”:”Susan Rose-Ackerman, <i>Corruption and Government. Causes, Consequences and Reform</i> (Cambridge: Cambridge University Press, 1999 En lugar de intentar distinguir el soborno y la extorsión en base al involucramiento de la voluntad del funcionario corrupto Rose-Ackerman propone una distinción que tiene en cuenta el tipo de daño social que se produce en cada caso.

plir sus deberes posicionales. Aunque el concepto parece útil para encuadrar el caso típico de soborno –donde se trata de una acción destinada a comprometer la independencia e imparcialidad del juez– no encuadra el otro supuesto típico de corrupción que es el cohecho activo – donde es el propio juez el que exige algún beneficio a cambio de no aplicar el derecho–.

En lugar de este concepto genérico, utilizaré uno más específico y técnico acuñado por Ernesto Garzón Valdés y empleado extensamente por Jorge Malem ⁷. Según este concepto “(l)a corrupción consiste en la violación limitada de una obligación por parte de uno o más decisores con el objeto de obtener un beneficio personal extraposicional...” ⁸ Aunque creo que este concepto no está exento de dificultades, que he puesto de manifiesto en otro lugar, ninguna de ellas afecta su utilidad para alcanzar el objetivo que persigo en este trabajo ⁹.

El principal beneficio posicional que trae aparejado el cargo judicial es la remuneración económica. Como contrapartida, el principal deber posicional que el cargo impone es el de administrar justicia apegándose sólo a la ley. En consecuencia, de acuerdo con el concepto antes formulado, el juez corrupto es aquél que se aparta de lo prescrito por la ley para obtener beneficios que van más allá de los conferidos por el cargo, esto es beneficios ex-

⁷ MALEM, Jorge, “La Corrupción. Algunas Consideraciones Conceptuales y Contextuales,” en *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardularitzako Euskal Aldizkaria* 2, núm. 104, 2016, pp 25–41; MALEM, Jorge, “La Corrupción Política,” en *Jueces Para La Democracia*, núm. 37, 2000, pp. 26–34; MALEM, Jorge, *La Corrupción. Aspectos Éticos, Económicos, Políticos y Jurídicos*, Madrid, Gedisa, 2002; MALEM, Jorge, *Pobreza, Corrupción, (in)Seguridad Jurídica*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2017.

⁸ GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Acerca Del Concepto de Corrupción,” en *La Corrupción Política*, ed. Francisco Laporta and Silvina Alvarez, Madrid, Alianza Editorial, 1997, p. 47.

⁹ SELEME, Hugo Omar, “La Cara Oculta de La Corrupción,” en *Revista de La Facultad VIII*, núm. 2, 2017, pp. 109–18.

traposicionales. Aunque estos beneficios pueden ser de diferente naturaleza¹⁰, por lo general son de índole económica.

Este concepto es específico en dos sentidos. En primer lugar, está focalizado en las conductas corruptas del juez que acepta o exige los beneficios extraposicionales – no permitidos o prohibidos para el cargo que ocupa – para incumplir con su deber. Aunque otros funcionarios judiciales pueden corromperse por lejos es más grave la corrupción que afecta a quien tiene la responsabilidad de aplicar el derecho. En segundo lugar, deja de lado la afectación al servicio de justicia que puede provenir de la extorsión o amenazas que terceros ejercen sobre los jueces. Los supuestos donde el juez incumple con sus deberes posicionales para evitar sufrir un daño físico o de otra índole son graves, pero no degradan la judicatura del mismo modo en que lo hace la búsqueda de beneficios por parte del funcionario.

Los casos en los que el juez ve afectada su independencia e imparcialidad debido al uso de la violencia y la intimidación, revisten una enorme gravedad y son moneda común en algunos países de Latinoamérica. Estas acciones violentas¹¹ “...se llevan a cabo directamente por miembros del crimen organizado. Estas interferencias están destinadas a asegurar determinados propósitos como el cierre de un determinado caso o la absolución de un individuo concreto. Frecuentemente, están acompañadas por amenazas, intimidación y/o extorsión”¹² Sin embargo, mientras

¹⁰ Así, por ejemplo, en el caso del magistrado del Tribunal de Justicia de Bahía el juez pidió como parte de los beneficios indebidos que a su nuera se le diera un cargo en la municipalidad.

¹¹ La violencia que se ejercita sobre el juez puede ser tanto física como moral. Así, el juez que es extorsionado con fotos íntimas comprometedoras con el objetivo de hacerlo incumplir con sus deberes posicionales, está siendo sometido a violencia. Agradezco a Jorge Malem el haberme hecho notar la necesidad de introducir esta aclaración.

¹² GARCÍA-SAYÁN, “Informe Del Relator Especial Sobre La Independencia de Los Magistrados y Abogados,” p. 57.

en estos casos quien debe ser protegido por el cuerpo social es el juez, que en sí mismo no es corrupto, en los casos de soborno y cohecho el corrupto es el propio juez, frente a quien el cuerpo social debe protegerse.

III. DOS TIPOS DE MEDIDAS EN CONTRA DE LA CORRUPCIÓN

Puesto que el concepto de corrupción está focalizado en la búsqueda por parte del juzgador de beneficios extraposicionales, existen dos tipos de medidas que pueden ser empleadas. El primero, tiene por objetivo disminuir el atractivo de los beneficios extraposicionales que el juez enfrenta. Estas medidas buscan disminuir la tentación de ser corrupto, actuando sobre las circunstancias que el decisor enfrenta. El segundo tipo de medidas, en cambio, aspira a dotarnos de jueces que enfrentados con el atractivo de obtener beneficios extraposicionales puedan resistirlos. Se trata de mecanismos que aspiran a seleccionar jueces que, enfrentados a la tentación, posean los rasgos de carácter necesarios para resistirla.

A) MECANISMOS DE DISMINUCIÓN DEL ATRACTIVO DE LOS BENEFICIOS EXTRAPOSICIONALES

Las medidas que persiguen el objetivo de disminuir el atractivo de los beneficios extraposicionales pueden trabajar sobre dos extremos. En primer lugar, pueden disminuir el valor absoluto que poseen los beneficios. En segundo lugar, pueden disminuir su valor relativo en comparación con el valor que poseen los beneficios posicionales.

La disminución de su valor absoluto puede alcanzarse aumentando los costos que trae aparejado obtener los beneficios extraposicionales irregulares o emplearlos. Un ejemplo de las medidas utilizadas para aumentar los costos asociados con su obtención son las sanciones con las que se amenaza a los jueces que aceptan

soborno o practican cohecho. Mientras más alta sea la pena y más probable sea su aplicación, mayor será el costo ponderado de los beneficios extraposicionales y, en consecuencia, menor su valor absoluto neto. En el mismo sentido funciona la exigencia de que los magistrados presenten periódicamente declaraciones juradas de sus bienes desde el momento de ingreso a la función pública. Cualquier variación en su patrimonio que no pueda ser explicada meramente por los beneficios posicionales que percibe se vuelve detectable y potencialmente punible lo que hace que la percepción de beneficios extraposicionales se vuelva costosa.

Un ejemplo de las trabas institucionales que intentan entorpecer no ya la obtención sino la disposición de los beneficios extraposicionales ilegítimamente obtenidos, son las medidas tendientes a evitar el lavado de dinero. El único modo de disponer del dinero fruto de la corrupción es a través de algún mecanismo que lo dote artificialmente de un origen legítimo. Obstaculizar el ingreso de los recursos económicos que son fruto de la corrupción dentro del circuito económico formal vuelve costosa la disposición de los beneficios extraposicionales. Mientras mayor sea el obstáculo para el empleo de estos fondos mayor es el costo y, consecuentemente, menor será el valor absoluto neto de los beneficios extraposicionales.

Trabajando sobre ambos extremos, el de la obtención y el de la disposición de los beneficios extraposicionales, es posible disminuir el valor absoluto de los mismos. El costo mayor, en tiempo y esfuerzo, que insume la percepción y disposición de los beneficios extraposicionales debe descontarse al valor que estos beneficios poseen. Por lo tanto, mientras más altos son estos costos, menos valor en términos absolutos poseen los beneficios.

La Convención Interamericana en Contra de la Corrupción propone, a nivel regional, el empleo de ambos tipos de medidas. En su artículo III los Estados asumen la obligación de adoptar medidas procesales penales para perseguir los delitos asociados con la corrupción y en el artículo VII se comprometen a tipificarlos, mientras que el artículo IX expresamente establece la obligación

de tipificar el enriquecimiento ilícito. El inc.4 del artículo III señala que se deberá adoptar un sistema de declaración de ingresos, activos y pasivos por parte de quienes desempeñan funciones públicas, información deberá estar a disposición de los ciudadanos. Medidas semejantes son adoptadas a nivel global por el art. 30 la Convención de las Naciones Unidas en Contra de la Corrupción. Mientras el artículo 2 hace extensivas las prescripciones de la convención a “toda persona que ocupe un cargo en el poder judicial”, el artículo 1 se refiere expresamente a las medidas relativas al poder judicial y al ministerio público. El artículo 14, por su parte, establece la obligación de los Estados de adoptar medidas para evitar el blanqueo de dinero.

Como hemos señalado, otra estrategia para disminuir el atractivo de los beneficios extraposicionales consiste en degradar su valor relativo. Como este valor se mide en relación con los beneficios posicionales, mientras más alto sea el valor de éstos últimos menor será el valor de los primeros. Mientras más alto sea, en términos absolutos, el estipendio que un magistrado percibe por cumplir sus funciones, menor será el valor relativo que tengan los beneficios extraposicionales que podría obtener por incumplirlas. A la inversa, mientras más magro sea su remuneración mayor valor relativo tendrán para él o ella los beneficios extraposicionales que pueda obtener¹³.

Los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, hacen referencia en el numeral 11 a la remuneración adecuada

¹³ La evidencia empírica muestra que existe una asociación negativa entre el nivel del salario que perciben los funcionarios y los niveles de corrupción que poseen diferentes países en vías de desarrollo. La misma asociación negativa se da entre nivel de salarios y la calidad del aparato burocrático y la fortaleza del estado de derecho Cfr. VAN RIJCKEGHEM, Caroline y WEDER, Beatrice, “Corruption and the Rate of Temptation: Do Low Wages in the Civil Service Cause Corruption?”, Washington D.C. 1997, p.31.

como medio de evitar la corrupción y garantizar la independencia. El informe del Relator Especial de la ONU sobre la independencia de los magistrados y abogados también refiere a esta medida. El mismo señala en su párrafo 87 que los funcionarios de la administración de justicia deben “(...) recibir una remuneración adecuada asegurada por el Estado que le permita llevar una vida digna. De este modo, se evita la tentación de aceptar sobornos para complementar sus ingresos (...)”¹⁴

En síntesis, este primer conjunto de medidas, que buscan bajar el valor absoluto o relativo de los beneficios extraposicionales, tiene por objetivo evitar o disminuir en los funcionarios judiciales la tentación de ser corruptos. Mientras menor sea el valor de los beneficios extraposicionales, menor será la tentación de incumplir con los beneficios posicionales para obtenerlos.

¹⁴ GARCÍA-SAYÁN, *op. cit.*, p. 19. Tal como señala Susan Rose-Ackerman, una vez que los magros salarios del sector público se han extendido en el tiempo es probable que quienes ocupen las posiciones sean trabajadores con un abajo nivel de productividad –que no son atractivos para el sector privado– y trabajadores dispuestos a aceptar soborno para completar sus salarios. Con tales funcionarios el mero mejoramiento de las condiciones laborales y el salario no será suficiente para disminuir la corrupción ROSE-ACKERMAN, *op. cit.*, p. 74.”title”:”Corruption and Government. Causes, Consequences and Reform”,”type”:”book”},”locator”:”74”,”uris”:”[”http://www.mendeley.com/documents/?uuid=bec9d2a7-0754-490c-a10e-3535ba3bebef”]”},”mendeley”:”{”formattedCitation”:”Rose-Ackerman, <i>Corruption and Government. Causes, Consequences and Reform</i>, 74.”,”plainTextFormattedCitation”:”Rose-Ackerman, Corruption and Government. Causes, Consequences and Reform, 74.”,”previouslyFormattedCitation”:”Rose-Ackerman, <i>Corruption and Government. Causes, Consequences and Reform</i>, 74.”,”properties”:”{”noteIndex”:16},”schema”:”https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json”}

B) MECANISMOS DE SELECCIÓN DE JUECES INMUNES AL ATRACTIVO DE LOS BENEFICIOS EXTRAPOSICIONALES

Como las medidas antes señaladas nunca son completamente eficaces, en el sentido de que no reducen el valor de los beneficios extrapositionales a cero, existe un segundo conjunto de medidas que tienden a promover que los funcionarios judiciales resistan a la tentación de ser corruptos. Cuando no es posible eliminar el atractivo que posee la obtención de beneficios extrapositionales es necesario adoptar medidas para seleccionar jueces que puedan resistirlo.

En este caso las medidas adoptadas no tienden a modificar las circunstancias que los jueces enfrentan, actuando sobre el valor de los beneficios extrapositionales, sino que aspiran a seleccionar jueces con rasgos de carácter tales que, enfrentados con la posibilidad de obtener beneficios extrapositionales con un alto valor absoluto o relativo, opten por no buscarlos. Este segundo conjunto de medidas no tiende a disminuir las ocasiones para ser corrupto, disminuyendo la tentación, sino a garantizar que los jueces tengan rasgos personales valiosos o virtudes que les permitan no ceder ante la tentación de obtener beneficios extrapositionales por el incumplimiento de sus deberes.

Lawrence Solum ha denominado a esta virtud judicial con el nombre de “incorruptibilidad”. En realidad, señala Solum, “... existen una variedad de fallas de carácter que podrían conducir a la corrupción ...” y, precisamente por este motivo, existen diversas virtudes que forman parte de esto que denomina la virtud de la incorruptibilidad. Uno de estos rasgos que predispone a la realización de acciones corruptas es la intemperancia. Cuando los jueces tienen deseos por el lujo, la riqueza, el placer, que no están refrenados, carecen de templanza. En este caso los jueces pueden resultar corrompidos debido a que “...anhelan el placer o el estatus (y la envidia correspondiente) conferido por la posesión de cosas costosas. Los jueces, como el resto de nosotros, pueden ser corrompidos por el gusto por los zapatos de diseño, los autos

veloces... (d)e modo más sutil, un juez podría corromperse por el deseo de las cosas buenas de la vida, por ejemplo, una magnífica casa, la capacidad de otorgar obsequios generosos a sus hijos, o la oportunidad de viajes de lujo...”¹⁵

La virtud que se opone al vicio de la intemperancia, e inmuniza a quien la posee frente a la tentación de corromperse, es la templanza. Una denominación más actual, por la que Solum se inclina, es la de sobriedad. Un juez que posee un carácter sobrio es aquél que no anhela el placer o el prestigio que brindan la posesión de bienes materiales costosos. Un juez sobrio tampoco es movido por el deseo de tener una casa lujosa, indumentaria de diseño, viajes, etc. Las personas dotadas de sobriedad o templanza no anhelan disfrutar de bienes costosos y por este motivo no cuentan entre sus motivos dominantes la obtención de los recursos materiales necesarios para costearlos.

Enfrentado con la ocasión de incumplir con sus deberes posicionales a cambio de la obtención de beneficios extraposicionales, el juez sobrio no cederá a la tentación debido a que no posee o ha extinguido los deseos desordenados que esos beneficios podrían ayudar a satisfacer. La corrupción judicial es evitada no por disminuir el valor económico que los beneficios extraposicionales poseen sino por tener jueces sobrios cuyo principal motivo para actuar no es la búsqueda de beneficios económicos.

Los cuidadosos procesos de selección a los que son sometidos quienes van a ocupar la judicatura, son el principal mecanismo empleado para garantizar que quienes van a ejercerla posean esta sobriedad en sus deseos. La selección de magistrados no sólo busca evaluar su conocimiento acerca del derecho sino también los rasgos de carácter necesarios para no desviarse de su aplicación. La importancia de seleccionar jueces con los rasgos de carácter

¹⁵ SOLUM, Lawrence B., “Virtue Jurisprudence: Towards an Aretaic Theory of Law,” en *Aristotle and the Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice*, ed. Liesbeth Huppés-Cluysenaer y Nuno M.M.S Coelho, New York, Springer, 2013, p. 13.

adecuados ha sido reconocida, por ejemplo, en la regla 11 de los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura que señala que “Las personas seleccionadas para ocupar cargos judiciales serán personas íntegras...”

Aunque los procesos de selección varían de un sistema a otro, el objetivo de poseer jueces dotados con rasgos virtuosos de carácter, incluido el de la sobriedad, es constante¹⁶. En los sistemas que han seguido el modelo francés, donde el procedimiento es semejante al utilizado para la selección de funcionarios de la administración pública, se cuenta con una escuela judicial que tiene por objetivo formar jueces profesionalizados con los rasgos personales requeridos para ocupar el cargo. Los sistemas que han seguido el modelo americano, se aseguran que los jueces posean estos rasgos, no por contar con una institución de formación que se los inculque, sino por seleccionar individuos que ya los posean¹⁷.

¹⁶ Aunque la importancia de utilizar las herramientas provistas por las teorías de la virtud para responder a las preguntas centrales de la teoría del derecho ha sido puesta de manifiesto recientemente por los pensadores que se enrolan en la *virtue jurisprudence*, la importancia de la virtud a la hora de seleccionar jueces ha sido reconocida siempre. La *virtue jurisprudence*, como señala Solum, es contemporánea y antigua. Consiste en el empleo reciente de herramientas teóricas que hunden sus raíces en el pensamiento aristotélico. Cfr. SOLUM, Lawrence B., “Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging,” en *Metaphilosophy*, núm. 34, 2003, p. 179.

La preocupación por tener jueces virtuosos, que señalo en el texto, es independiente de la adopción de la *virtue jurisprudence* como teoría del derecho y es más antigua aún que sus raíces aristotélicas.

¹⁷ El modelo estadounidense posee la peculiaridad de que la mayor parte de las decisiones judiciales, más del noventa por ciento, son adoptadas por los tribunales estatales los que, a su vez, están conformados mayormente por jueces elegidos por el voto popular. El proceso de selección democrática tuvo por objetivo aumentar la independencia de los jueces frente a los otros poderes del Estado. Cfr. NELSON, Caleb, “A Re-Evaluation of Scholarly Explanations for the Rise of the Elective Judiciary in Antebellum America,” en *The*

El proceso de selección comienza por el poder ejecutivo y debe ser confirmado por el poder legislativo, en general por audiencias llevadas a cabo por el Senado. En algunos casos, tal como sucede en Argentina, existe una instancia adicional de selección llevada a cabo por el Consejo de la Magistratura¹⁸.

Es importante tener en mente que sostener que el buen o mal funcionamiento de los mecanismos de selección es responsable de que los jueces posean o no los rasgos de carácter adecuados para resistir a la tentación de ser corruptos no menoscaba la responsabilidad moral de los jueces que se corrompen. Los mecanismos de selección son responsables por el patrón general que tiene los rasgos de carácter de quienes acceden a la magistratura. Si los mecanismos funcionan bien, la mayor parte de los jueces presentarán un carácter sobrio y los actos de corrupción serán escasos. Si los mecanismos funcionan mal, no. No obstante, lo que explica el acto de corrupción que cada juez en particular realiza es el carácter que él tiene y las acciones que adopta. El reproche moral por sus acciones individuales permanece incólume, aun si se acepta que el defectuoso funcionamiento del mecanismo de selección es responsable de que quienes acceden al cargo por lo general posean estos rasgos desviados de carácter¹⁹.

American Journal of Legal History 37, núm. 2, 1993, pp. 190–224. No obstante, este proceso de selección ha producido el efecto no deseado de provocar que los jueces adapten sus decisiones a los intereses de aquellos que financian sus campañas. Esta tendencia se ha visto acentuada a medida que las campañas se han vuelto más largas y costosas. Cfr. SHEPHERD, Joanna M., “Money, Politics, and Impartial Justice,” en *Duke Law Journal* 58, núm. 4, November 2, 2009, pp. 623–685.

¹⁸ LOPEZ GUERRA, Luis, “El Gobierno de Los Jueces,” en *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 1, 1997, pp. 11–32.

¹⁹ Se trata de dos niveles de explicación y de responsabilidad diferentes. Los mecanismos de selección explican, a nivel macro, al patrón de distribución de los rasgos de carácter que poseen los jueces y la incidencia de los actos de corrupción. Los rasgos de carácter que cada juez posee explican, a nivel mi-

La contracara de los procesos de selección para el ingreso a la judicatura son los procesos de expulsión. Mientras los primeros tienen por objeto garantizar que los individuos que acceden al cargo posean las cualidades requeridas para ocuparlo, los segundos aspiran a remover de sus cargos a los magistrados que han dado muestras, a través de su conducta, de no poseerlas. Aunque por lo general son las mismas instituciones las que intervienen en ambos procesos, el parlamento y el consejo de la magistratura, es necesario mantener claras sus diferencias²⁰.

Los procesos de selección para el ingreso también deben ser distinguidos de los mecanismos destinados a controlar la conducta de los jueces mientras ocupan el cargo. Los denominados códigos de ética judicial ocupan aquí un lugar destacado. Estos códigos también hacen referencia a los rasgos de carácter que los magistrados deben evidenciar en el desempeño del cargo. El Model Code of Judicial Conduct de la ABA señala en su regla 3.13 que un juez "...no aceptará ningún regalo, préstamo, donación,

cro, los actos de corrupción que realiza. Ambos niveles de explicación, y de responsabilidad, son nítidamente distinguidos por Rober Nozick. Según éste, "Si existe un filtro que excluye (destruye) todos los objetos Q que son no P, entonces la explicación de por qué todos los objetos Q son P (encajan en el patrón P) se referirá a este filtro. Para cada objeto Q en particular, puede existir una explicación particular de por qué es P, cómo llegó a ser P, que lo mantiene siendo P. Pero la explicación de por qué todos los objetos Q son P no será la conjunción de todas estas explicaciones individuales..." NOZICK, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, New York, Basic Books, 1974, p. 22.

²⁰ Algunos mecanismos que funcionan ex -ante y ex- post para garantizar que los jueces posean las creencias, deseos y actitudes adecuadas son analizados por Malem. Cfr. "La Libertad Ideológica de Los Jueces y La Función Jurisdiccional." en *Pensando Al Juez*, eds. Manuel Vial Dumas and David Martínez Zorrilla, pp. 111-28, Madrid: Marcial Pons, 2019, p. 27. A los fines del presente trabajo, sin embargo, los mecanismos que revisten importancia no son los que garantizan que los jueces posean las creencias y deseos adecuados, sino los rasgos de carácter correctos.

beneficio, o cualquier otra cosa de valor cuya aceptación este prohibida por la ley o diese la impresión a una persona razonable de que hacerlo socavaría la independencia, integridad o imparcialidad del juzgador.” Lo que interesa aquí es la apariencia de la virtud, esto es que el juez no incurra en comportamientos que hagan sospechar a la ciudadanía que no cuenta con los rasgos de carácter requeridos.

Aunque los mecanismos de selección, control y expulsión tienen como uno de sus objetivos asegurar que quienes ejercen la magistratura posean los rasgos de carácter correctos, su funcionamiento no es idéntico. Los primeros, buscan atraer al cargo a las personas correctas. Los segundos, tienden a monitorear que continúen siéndolo mientras desempeñan el cargo. Los terceros, finalmente, tienen por finalidad deshacerse de las personas incorrectas²¹.

IV. DOS MECANISMOS EN TENSIÓN: LOS BENEFICIOS POSICIONALES COMO MECANISMO DE SELECCIÓN INDIRECTA

Usualmente se sostiene que ambos conjuntos de medidas, las que tiende a disminuir la tentación y las que tiende a seleccionar jueces que puedan resistirla, actúan de modo complementario. Allí donde las medidas que tienen por objetivo disminuir el valor de los beneficios extraposicionales fracasan, y la tentación aparece, cobran relevancia las medidas adoptadas para seleccionar jueces sobrios que puedan resistirla, al no tener entre sus principales deseos la búsqueda del beneficio económico. Se piensa que existe una especie de división del trabajo en la lucha en contra de la corrupción. El trabajo de eliminar o disminuir las ocasiones de corrupción es llevada adelante por los mecanismos que dismi-

²¹ Agradezco a Matías Vial y a Andrea Lucas Garín el haberme hecho notar la necesidad de aclarar las diferencias entre estos tres tipos de mecanismos.

nuyen el valor de los beneficios extraposicionales. El trabajo de garantizar que los jueces podrán resistirse a las ocasiones en que se les presente la tentación de corromperse es llevada adelante por los mecanismos de selección de magistrados.

Creo que esta idea de que ambos tipos de medidas actúan de manera compartimentada y, por lo tanto, no sujetas a la posibilidad de conflicto, debe ser revisada. El problema se presenta porque la supuesta compartimentación no existe en la realidad y es sólo el resultado de que su análisis se realice de manera no sistémica. Una vez que los dos subsistemas, el de medidas tendientes a la disminución del valor de los beneficios extraposicionales y el de mecanismos de selección, son analizados como formando parte de un sistema mayor integrado, la compartimentación desaparece.

Este enfoque sistémico permite apreciar que las medidas que tienen por principal finalidad disminuir el valor de los beneficios extraposicionales, y de este modo aminorar la tentación de la corrupción, tienen efectos indirectos sobre la selección de quienes ocupan la judicatura y los rasgos de carácter que poseen. Estos efectos indirectos pueden ser contrarios a los objetivos que tienen en mira los procesos de selección. La imagen de una división del trabajo nítida entre ambos tipos de medidas es falsa. No se trata de dos sistemas cerrados sino de dos subsistemas abiertos que forman parte de un sistema mayor.

Específicamente, el problema se presenta porque los beneficios posicionales, el salario asociado con el cargo de magistrado, no sólo tienen el efecto de disminuir el valor relativo de los beneficios extraposicionales para quien ocupa el cargo. Adicionalmente, tiene el efecto indirecto de configurar el cargo de modo que sea atractivo para ciertos individuos. Así, si el salario mensual que percibe un juez es de 13.000 U\$, y el salario mensual promedio es de 600 U\$ es probable que personas a las que sólo les interesa el dinero, aspiren a ocupar el cargo. El problema que esto trae aparejado es que el salario alto actúe como un incentivo para que se interesen en ocupar la posición aquellas personas que tienen entre sus principales deseos la obtención de beneficios económicos, lo

que socavaría el funcionamiento de los mecanismos de selección tendientes a garantizar el acceso al cargo de personas sobrias.

Esto se debe a que los mecanismos de selección, como cualquier mecanismo, poseen un margen de error. Cualquier proceso destinado a identificar los rasgos de carácter de los futuros funcionarios será falible. La probabilidad de error aumentará mientras mayor sea el número de personas con los rasgos incorrectos de carácter aspirando al cargo. Mientras más elevados sean los beneficios posicionales por desempeñar el cargo, más atractiva se vuelve la posición para aquellos que sólo están motivados por la búsqueda de beneficios económicos. Mientras mayor sea el número de aspirantes a la judicatura sólo motivados por la búsqueda de dinero, menos probable es que las personas seleccionadas para el cargo posean los rasgos de carácter requeridos para resistir a la tentación de los beneficios extrapositionales.

Advertir que elevar los beneficios posicionales como una herramienta para disminuir el valor de los beneficios extrapositionales tiene un efecto indirecto perjudicial sobre los mecanismos de selección de los jueces tendientes a elegir a quienes poseen sobriedad, permite tener una nueva mirada sobre el problema de la remuneración de los magistrados. Como he señalado, usualmente se piensa que los beneficios posicionales disminuyen la tentación de la corrupción y, por ende, no se ve ningún problema en elevarlos de manera indefinida.

Según esta visión usual los salarios judiciales deben estar fijados dentro de un rango que se encuentra entre un piso y un techo. Las consideraciones vinculadas con la corrupción ingresan a la hora de determinar el piso. El salario tiene que ser lo suficientemente alto como para que el juez no se sienta tentado a completar su remuneración de manera irregular con los beneficios extrapositionales. El techo, por otro lado, es fijado sobre la base de cuestiones de justicia distributiva. El salario no tiene que ser tan alto como para comprometer la distribución justa del ingreso entre jueces y ciudadanos en general.

Una consecuencia de este modo usual de abordar el problema de cuál es el rango salarial adecuado, es que las consideraciones vinculadas con la prevención de la corrupción no tienen cabida a la hora de fijar su tope. Mientras mayor sea lo que el juez gana por desempeñar su función menor será la tentación de que incumpla con sus deberes posicionales para obtener beneficios económicos espurios. Esto sigue siendo así aun si los salarios son exorbitantes. En este supuesto los salarios podrán ser criticados por injustos, en comparación con la remuneración que reciben otros, pero en términos de evitar la corrupción la medida aparece como intachable. La conclusión es que, aunque es injusto que los jueces perciban esta remuneración desproporcionada, la misma es eficiente para dotarnos de un sistema judicial incorruptible.

Advertir que los beneficios posicionales interactúan con los mecanismos de selección, permite enfocar el problema de cuál es el rango salarial adecuado desde una nueva perspectiva. Las consideraciones vinculadas con la prevención de la corrupción no sólo son relevantes para fijar el piso salarial sino también para establecer su tope. Los salarios no deben ser tan altos como para atraer al cargo a personas cuya principal motivación es la búsqueda de beneficios económicos, carentes de la sobriedad necesaria para resistirse a la tentación de corromperse. Aumentar los salarios de manera indefinida no sólo es injusto, como sostiene el modo usual de abordar el problema, sino que adicionalmente es ineficiente en términos de prevención de la corrupción.

Si uno de los objetivos que persiguen los mecanismos de selección es que quienes ocupen la judicatura posean un carácter sobrio, sean frugales en sus deseos y no tengan como principal objetivo la búsqueda de beneficios económicos, los beneficios posicionales no pueden elevarse sin límite. Una sociedad no puede, al mismo tiempo aspirar a tener jueces sobrios en sus deseos y despreocuparse por cuál es el tope que debe tener la remuneración que perciben. Los efectos selectivos indirectos que tiene la fijación de un tope salarial elevado son contradictorios con los objetivos que persiguen los mecanismos de selección.

Constatar la tensión entre la elevación de los beneficios posicionales, como herramienta para disminuir la tentación, y los mecanismos de selección, como herramienta para facilitar que pueda ser resistida, muestra que la nítida y armónica división de trabajo entre ambos mecanismos era sólo un sueño. La realidad parece más cercana a una pesadilla en donde algunas de las medidas que adoptamos para combatir la corrupción socavan a otras. Esto nos deja con la pregunta por qué hacer.

El modo más simple de corregir una tensión consiste en eliminar uno de los polos. Si aumentar los beneficios posicionales tiene efectos contradictorios con los mecanismos de selección, una posible solución sería abandonar el empleo de uno u otro como herramienta para combatir la corrupción. Ambas alternativas, sin embargo, se presentan como indeseables.

La primera opción sería abandonar la herramienta de aumentar los beneficios posicionales, y concentrar los esfuerzos en seleccionar jueces sobrios y virtuosos. Puede pensarse que si contamos con mecanismos de selección eficientes que garanticen que las personas elegidas posean las virtudes necesarias para resistir la tentación, no importa cuantas y que tan intensas sean las tentaciones a las que se enfrenten. Los salarios podrían descender sin ningún piso, y la tentación de obtener beneficios extrapositionales aumentar, porque los jueces seleccionados tendrían los rasgos de carácter necesarios para nunca sucumbir.

La despreocupación por los beneficios posicionales –específicamente porque alcancen un piso– parece conducir a la necesidad de buscar jueces que no sólo sean virtuosos sino heroicos. En lugar de tener que seleccionar jueces sobrios que no poseen un apetito desordenado por los beneficios económicos, tendríamos que seleccionar jueces que no tienen apetito económico alguno²².

²² Lo que debería buscarse son individuos indiferentes a su propio bienestar y al de sus allegados. Esta indiferencia se acerca al modo estoico de concebir la virtud como “adiaphora” Cfr. WHITE, Nicholas P., “The Basis of Stoic Ethics,” en *Harvard Studies in Classical Philology*, núm. 83, November 3,

El número de individuos con este último rasgo de carácter es, presumiblemente, menor que el primero. Aun si dispusiésemos de mecanismos adecuados para identificarlos y seleccionarlos, la probabilidad de cubrir todos los cargos de magistrados sería baja. Mientras más grande sea la tentación, rasgos de carácter más excepcionales son necesarios para resistirla. Mientras más excepcionales los rasgos de carácter, menor es el número de individuos que los poseen. Mientras menor es el número de individuos que los poseen, más difícil es seleccionarlos y menos probable es que alcancen para cubrir todos los cargos.

La segunda opción sería abandonar los mecanismos de selección que tienden a elegir magistrados dotados de sobriedad y focalizarse sólo en la elevación de los beneficios posicionales. Podría pensarse que elevar de manera exponencial los salarios que perciben los jueces, aun si incentiva que personas sólo movidas por la avidez de riqueza ocupen el cargo, no traerá consecuencias negativas en términos de corrupción. Si los salarios son suficientemente altos para saciar su avidez, ésta no desembocará en la búsqueda de beneficios extraposicionales. Los salarios podrían ascender sin límite porque las personas viciosas e incapaces de resistir la tentación que serían atraídas al cargo, nunca deberían enfrentarla. Los beneficios posicionales serían tan elevados que el valor relativo de los beneficios extraposicionales sería tan bajo como para nunca representar una tentación.

Este camino de tener funcionarios que en lugar de virtuosos tienen sus vicios saciados no se ha mostrado efectivo. La estrategia es semejante a la de elegir como presidente a alguien que se ha enriquecido por robar con la esperanza de que, siendo ya rico,

1979, pp 158–60. Afortunadamente, a los fines del argumento que formulo en el texto, no es necesario tomar partido acerca de si esta visión de la virtud es adecuada o no. El argumento no descansa en la premisa filosófica de que esta concepción de la virtud es falsa sino en una premisa empírica según la cual, dado lo que somos los seres humanos, la posibilidad de encontrar individuos con estos rasgos de carácter es pequeña.

no robará al llegar al cargo. Elegir a un ladrón para gobernar no parece ser una medida inteligente si uno no quiere ser robado. Esperar que el comportamiento correcto de un juez se logre, no por haber tenido el cuidado de seleccionar a alguien virtuoso sino por haber tenido la precaución de satisfacer sus vicios, no parece ser más brillante. La razón es simple. Los vicios son difíciles de saciar, por eso no es realista pensar que sencillamente se extinguirán por satisfacerlos.

Si los dos modos simples de corregir la tensión son inapropiados, el único camino que queda abierto es uno más complejo. Se trata de mantener ambas herramientas – los beneficios posicionales y los mecanismos de selección – en pie. La tensión no puede ser aliviada simplemente eliminando uno de los polos que la genera. El único modo de corregirla es prestar atención a los efectos que la utilización de un mecanismo genera sobre el correcto funcionamiento del otro. La idea de que podemos tener jueces virtuosos y heroicos o viciosos y saciados no es más que otro sueño.

Los beneficios posicionales no pueden ser tan bajos como para que sólo un héroe pueda resistir la tentación de obtener beneficios económicos extraposicionales, pero tampoco pueden ser tan altos como para atraer al cargo a personas viciosas sólo movidas por la búsqueda de obtener beneficios económicos.

V. CONCLUSIÓN

La amenaza que la corrupción implica para la independencia de los jueces se ha mostrado difícil de erradicar porque algunos de los mecanismos empleados para combatirla producen efectos contradictorios. La concesión de altos beneficios posicionales a quienes ocupan cargos judiciales produce efectos selectivos indirectos que son contradictorios con los objetivos que persiguen los mecanismos de selección.

Contrario a lo que sostiene la visión tradicional, para erradicar la corrupción, y promover la independencia de los jueces, es

necesario prestar atención a que los salarios no sean tan elevados cómo para atraer al cargo a individuos que sólo buscan el beneficio económico. Los salarios elevados de los magistrados pueden ser tan perjudiciales en términos de corrupción como los salarios magros.