

### III. ESTUDIOS REGIONALES Y DE PAÍS

#### A. **La independencia judicial en el África regida por *common law*** *por Jennifer Widner*

Hasta hace poco, cuando el tema de los tribunales en África surgía en conversaciones con americanos, su primera pregunta solía ser: ¿Cuál es la importancia de los tribunales en África? La imagen que se tenía era la de un continente en donde la ley desempeñaba un papel secundario en la resolución de disputas. Los titulares del *New York Times* parecían confirmarlo, al igual que el famoso artículo de Robert Kaplan en el *Atlantic Monthly*, en donde se vaticinaba “la inminente anarquía”. La ley y los tribunales parecían carecer de importancia frente a las disputas sobre los recursos naturales, las luchas por el liderazgo y el antagonismo entre grupos.

La percepción de amigos y colegas africanos en las décadas de los ochenta y los noventa era muy diferente. Ellos argumentaban que África se encontraba en un “momento crítico” en que los tribunales y la ley eran importantes para mucha gente. En dos tercios de los países de África, a mediados de la década de los noventa la gente podía expresar sus puntos de vista sobre el gobierno y la política con mayor libertad que nunca desde la independencia. Los cambios políticos de los noventa significaban que más personas podían hablar abiertamente sobre las políticas, participar en asociaciones, establecer sus propias empresas y ser propietarios de sus propias fincas, así como elegir entre diferentes candidatos para los cargos públicos. Los tribunales eran importantes para desarrollar y proteger este nuevo espacio.

El camino lo mostraron personas comunes y corrientes. Aunque se carecía de estudios amplios a nivel regional sobre el uso de los tribunales en África, tres encuestas realizadas a mediados de los años noventa sugirieron que, independientemente de la opinión de las personas sobre la calidad del desempeño institucional, una proporción sorprendentemente alta de familias llevaba sus disputas a los juzgados de paz para someterlas a audiencia. Realizadas en Botswana, Tanzania y Uganda en 1996, estas encuestas residenciales de base amplia revelaron, como era de esperarse, que los tipos más comunes de conflictos que surgen en las comunidades solían plantearse primero ante consejos locales o foros consuetudinarios para su resolución. A su vez, las encuestas mostraron un uso sorprendentemente generalizado de los juzgados de paz. En Tanzania, un equipo de investigación que realizó un encuesta nacional financiada por el Banco Mundial, determinó que entre el seis y el ocho por ciento de los habitantes adultos había acudido a los juzgados de paz durante el año anterior. En encuestas simultáneas realizadas en Uganda y Botswana se indagó si miembros de la familia habían sido una de las partes en algún caso ante los juzgados de paz durante los cinco años anteriores, y se encontró que alrededor del 14 por ciento respondió afirmativamente

en algunos distritos, y que el 45 por ciento lo hizo en áreas en donde hay más competencia por las tierras que en otras áreas.

La gente llevó casos a los tribunales sobre una amplia variedad de asuntos. La tierra ocupaba un lugar importante entre los casos registrados en los tribunales, pero no fue el único problema presentado para obtener fallos. En Uganda y Zimbabwe, las comunidades llevaron disputas sobre el orden de sucesión en los clanes locales para su resolución por los jueces. Las limitaciones de la capacidad de las mujeres para tomar decisiones en el hogar, comprar y vender propiedades, heredar tierras y edificios y obtener la custodia de los hijos fueron examinadas en los tribunales, con resultados variados en los diferentes países. Las tensiones entre residentes urbanos y sus parientes rurales se concentraban en demandas sobre si el derecho a enterrar a los muertos pertenecía a la familia nuclear o al clan en el lugar de origen.

A medida que los tribunales han cobrado importancia para la gente común, no sólo para personas externas, la independencia del poder judicial se ha vuelto más importante en las discusiones entre la gente común y entre los países donantes y las élites políticas africanas. Tanto a la gente común como a las personas externas les preocupa la independencia del poder judicial y los tipos de independencia que provienen de la separación de poderes. Ellos examinan de cerca si existen esfuerzos partidistas para influir en los resultados de casos particulares, y monitorean la “desvinculación partidaria” o la eliminación de influencias excepcionales de parte de litigantes socialmente poderosos.

Este artículo trata de la independencia judicial en el África regida por el *common law* y describe brevemente los principales rasgos de los sistemas legales en los países de África que forman parte de la tradición del *common law*, principalmente en África angloparlante, y los sitúa en ese contexto. Luego presenta algunos de los retos más importantes para la independencia judicial en este ambiente, los remedios principales y algunas formas en las que los donantes extranjeros podrían apoyar apropiadamente las iniciativas locales para desarrollar tribunales independientes.<sup>24</sup>

### **1. Características de los sistemas legales en África angloparlante y su contexto**

Los sistemas legales en el África regida por el *common law* o en África angloparlante, comparten muchas características similares a las del sistema de los Estados Unidos.

#### **a. Estructura**

---

<sup>24</sup> Los datos utilizados en este artículo fueron tomados de un cuestionario administrado por IFES en nombre de USAID, en Kenia, Malawi, Nigeria, Uganda, Zambia y Zimbabwe, así como de las investigaciones de la propia autora en Botswana, Tanzania y Uganda.

En el nivel más bajo, los nuevos gobiernos operan tribunales primarios con jurisdicción original limitada, para oír sobre casos civiles y faltas menores. En muchos países, los mismos pueden aplicar el derecho consuetudinario, así como los estatutos y precedentes que juntos constituyen la “ley del estado”. Los jueces (conocidos como “magistrados”) que los presiden carecen de grados académicos en derecho, y en la mayoría de países no se permite la representación por un abogado; las personas deben representarse a sí mismas. Un tribunal de jueces de segundo nivel maneja casos que involucran más dinero o delitos más serios, por lo general aquellos que conllevan sentencias potenciales de hasta dos años.

Los “Magistrados de Grado II”, como se les llama generalmente, tienen una capacitación ligeramente mayor, pero no necesitan tener un grado universitario. En el tercer nivel, los jueces por lo general deben ser abogados. Los tribunales que ellos presiden tienen jurisdicción original en casos civiles que involucran aún más dinero y en casos criminales que conllevan penas de hasta 10 años de prisión. Estos tribunales también aceptan apelaciones de los niveles inferiores. Puede estar presente un abogado.

La responsabilidad de administrar los juzgados varía entre los países y con el paso del tiempo. En algunos países el poder judicial no tiene pleno control sobre los nombramientos, la remuneración y la permanencia en el cargo en los niveles inferiores, mientras que en otros sí lo tiene.

El tribunal superior es un tribunal de jurisdicción civil y penal ilimitada, cuyos jueces casi siempre poseen grados académicos en derecho y algunas veces han ejercido una práctica privada antes de incorporarse a la magistratura, o bien han servido como jueces en otras jurisdicciones. La mayoría de los tribunales superiores celebra sesiones tanto en la capital como en los distritos. Alternativamente, éstos crean estaciones de tribunales superiores en pueblos secundarios importantes, para aumentar la accesibilidad.

La corte de apelación, que a veces sirve de corte suprema, constituye un quinto escaño. En la mayoría de casos, las cortes de apelación inicialmente tenían una base regional, como lo tuvieron durante el período colonial. Por ejemplo, en 1962, la Corte de Apelación Africana Oriental se convirtió en la Corte de Apelación de África Oriental, un órgano de una organización regional, la Comunidad Africana Oriental. Cada país determinó separadamente si sus decisiones constituían un precedente vinculante o una autoridad persuasiva, pero independientemente de la selección de los países, los informes de la corte sobre la ley se leían ampliamente y eran seguidos por los abogados después de la independencia.

La responsabilidad administrativa de los tribunales por lo general es del jefe y un equipo de funcionarios judiciales superiores. En la mayoría de los países, el tribunal carece de un apoyo administrativo equivalente al que proporciona el Centro Judicial Federal o la Oficina Administrativa de los Tribunales estadounidenses en los

Estados Unidos. La operación cotidiana del tribunal queda en manos del registrador jefe y de los registradores de los tribunales subordinados, los homólogos del oficial (*clerk*) de la corte en los Estados Unidos.

En la mayoría de los países, el inglés es el idioma oficial de los tribunales, aunque Tanzania utiliza tanto el inglés como el swahili.

*b. Participación no profesional*

En la mayor parte de África no existen jurados, aunque Malawi está experimentando con jurados en casos de crímenes castigables con la pena de muerte en sus niveles superiores. Sin embargo, existe la participación no profesional en los niveles inferiores. A menudo, los “asesores” se sientan con los jueces en el nivel primario de los tribunales. Pueden tener un voto sobre la decisión de un caso, como sucede en Tanzania, o bien su papel puede ser más limitado. En los niveles superiores del tribunal, los asesores aparecen más a menudo en una capacidad equivalente a la de un perito.

*c. Pluralismo legal*

El pluralismo legal profundo es parte del contexto en el que funcionan los tribunales en África. Esto significa que varios tipos diferentes de ley operan de la mano. La ley estatal comprende la constitución, los estatutos y los fallos administrativos, y las decisiones de los jueces en el pasado (precedente). La ley estatal se basa en estatutos ingleses y decisiones vigentes en el momento de la aprobación de los estatutos de recepción durante la época colonial, o se basa en códigos desarrollados en la India y Queensland y copiados en África (códigos de evidencia, códigos penales, etc.). Los gobiernos independientes han modificado la legislación específica, pero la estructura básica permanece intacta en gran medida. En algunas partes del continente (por ejemplo, en Botswana, Sudáfrica y Zimbabwe), anteriormente existía el derecho civil romano-holandés y se ha vuelto parte del *common law*.

La ley estatal existe en forma paralela al derecho consuetudinario y las leyes religiosas, las cuales en la actualidad se limitan principalmente a asuntos relacionados a la familia, herencias y sucesión, o bien a otros aspectos del derecho personal. Las personas pueden optar por desligarse de éstos en varias formas, dependiendo del país. Por lo general, los tribunales emplearán los tipos de reglas del derecho seleccionado, utilizadas en las disputas comerciales internacionales para decidir cuál ley aplicar en los casos de personas provenientes de dos sistemas diferentes que llevan una disputa al tribunal.

Los tribunales tradicionales funcionan formal o informalmente a la par de los tribunales estatales. En algunos casos, los ancianos o funcionarios electos fungen como mediadores en las disputas o aplican el derecho consuetudinario en foros cuyas decisiones no son vinculantes. En otros casos, como en Botswana, los

tribunales tradicionales funcionan formalmente, y existe la apelación al sistema de tribunales estatales.

El pluralismo puede complicar los esfuerzos realizados para desarrollar la independencia, al alejar la atención de muchas personas comunes de los tribunales estatales hacia otros foros. Sin embargo, no hay una evidencia fuerte que apunte en esta dirección.

*d. La escasez de recursos y los tribunales*

La escasez de recursos afecta a los tribunales africanos y la independencia judicial en muchas formas. Por ejemplo, ésta dificulta el monitoreo de las actividades cotidianas de los jueces y oficiales. Significa que los jueces a menudo sobreen los casos cuando fuerzas policiales deficientemente capacitadas y equipadas fallan en investigar adecuadamente, por lo tanto irritando a funcionarios y ciudadanos comunes por igual. Esto puede significar que es más difícil colocar en los puestos a personas bien capacitadas que no abusarán de su posición.

Uno de los efectos más importantes de la escasez de recursos se centra en la falta de materiales legales. En un sistema de *common law*, la ley incluye la constitución, los estatutos y las decisiones de los jueces. Las decisiones aparecen en los informes legales, los cuales debieran ser publicados anualmente, si no con mayor frecuencia. Al carecer de financiamiento, los informes legales se suspendieron en muchas partes de África, durante toda la década de los ochenta y noventa. Los mismos volvieron a estar disponibles recién en la actualidad. Junto a la falta de disponibilidad de estatutos, esta laguna significa que muchos magistrados y jueces se han apoyado en sus viejos apuntes de clase de la escuela de derecho para su conocimiento de la ley, con resultados predecibles. También significa que a menudo es imposible controlar la calidad y la uniformidad de las decisiones.

**2. *Avenidas para la influencia política partidista***

Actualmente existe una variación considerable en el grado de independencia que denotan los tribunales entre los países africanos regidos por *common law*. Los tribunales en Botswana, Sudáfrica y Zimbabwe típicamente han anclado un extremo del espectro. Por lo general, estos tribunales han mantenido un alto nivel de independencia, en opinión de los litigantes. A veces han fallado contra el gobierno en casos muy sensibles y de alto perfil. El “sometimiento al Ejecutivo” ha afectado a determinados niveles de la magistratura durante algunos períodos, pero durante mucho tiempo estos tribunales lucharon con cierto grado de éxito contra esta actitud. La corrupción, que socava el rompimiento con el partido, puede ser un problema en los niveles inferiores del tribunal, pero no ha erosionado seriamente la legitimidad de los niveles superiores. En los tribunales de Tanzania y Uganda, y (según se informa) de Nigeria y Ghana, la independencia de la influencia partidaria en casos particulares es mayor que lo acostumbrado anteriormente, aunque los

críticos indican que persisten los problemas. Las prácticas de Malawi y Zambia son un tanto ambiguas. Se sabe que Kenia se ha vuelto más vulnerable que antes, aunque por lo general es difícil medir estas tendencias.

Las encuestas realizadas como parte de este proyecto revelan un consenso considerable en cuanto a los principales retos para la independencia judicial en estos sistemas. Algunas dificultades no se detectan con facilidad y se mencionan con poca frecuencia en conversaciones escritas. Éstas aparecen hasta el final de la lista.

*a. Temas constitucionales*

En opinión de los expertos locales, la claridad de la constitución al establecer la independencia de los tribunales afecta el grado en que los políticos y los ciudadanos comunes consideran al poder judicial como un poder separado del gobierno. Las constituciones más recientes enuncian claramente que los poderes del Estado son tres y confieren poder judicial exclusivamente a los tribunales. En contraste, la constitución de Kenia no lo hace con tanta claridad como podría, y uno de los abogados entrevistados para este proyecto observó que, “consecuentemente... el poder judicial con mayor frecuencia se percibe como un simple apéndice.”

En algunos países, los partidos gobernantes han tratado de enmendar las constituciones para dejar fuera la jurisdicción de los tribunales, o para hacer que los tribunales sean vulnerables a influencias partidarias en casos constitucionales sensibles. El juzgar a civiles en tribunales militares (cortes marciales) va en contra de las normas del estado de derecho, pero sucede ocasionalmente. Abogados astutos pueden llevar casos a los tribunales ordinarios para que los mismos sean retirados de los tribunales militares y para revocar estas prácticas como inconstitucionales, pero los abogados no siempre están dispuestos a tomar estas medidas. Los litigios de estos casos por grupos legales de interés público o por equipos de abogados pertenecientes a diferentes bufetes pueden dificultar a los gobiernos el tomar represalias contra los abogados por solicitar *habeas corpus* en estos casos o por tomar otras acciones. Ninguno de los expertos entrevistados para este estudio consideró que esta manera de dejar fuera la jurisdicción constituyera un gran problema en la actualidad. Ello pareció ser más la excepción que la regla.

En ocasiones, la creación de tribunales constitucionales ha sido problemática en los contextos africanos. Es importante que estos tribunales sean parte del poder judicial y compartan todas las protecciones garantizadas al tribunal superior y al tribunal de apelación. Por ejemplo, la propuesta constitucional en Zimbabwe, en 1998-1999, patrocinada por Mugabe, habría creado una corte de constitucionalidad cuyos miembros estarían sujetos a manipulación política, si ésta hubiera sido aprobada.

*b. Procedimientos de nombramiento*

Los procedimientos de nombramiento venerados constitucionalmente atraen mucha preocupación como una amenaza a la independencia judicial. Las reglas generales relacionadas con el nombramiento y la permanencia en el cargo por lo general aparecen en la constitución de los países, a veces amplificada por una ley de los jueces, una ley orgánica judicial u otra legislación subsidiaria. Generalmente es aceptable cierta influencia política en el nombramiento de los jueces en el tribunal superior de un país, aunque a menudo existe la expectativa de que los nombramientos cuenten con la confianza de gran parte del espectro político.

Algunos tipos de procesos de nombramiento aumentan la probabilidad de que los jueces tomarán sus decisiones de forma independiente. En la mayoría de países, incluyendo a los Estados Unidos, el presidente propone candidatos para estos puestos, y una mayoría calificada en la legislatura o una cámara de la legislatura debe confirmar la elección. En África, los presidentes por lo general proponen no sólo al Presidente de la Corte Suprema sino también a los jueces de apelación o a los magistrados de la corte suprema y a los jueces de los tribunales superiores, y sólo en unos cuantos países existe algún control legislativo (por ejemplo, en Zambia). Aun donde existe un control legislativo, cuando la competencia partidaria es limitada, este requerimiento puede no ser suficiente para producir personas en cuyo carácter el pueblo pueda confiar. La legislatura podría estar sometida al jefe de estado y avalar la decisión del presidente. La persona nombrada de esta manera puede sentirse comprometida con el ejecutivo.

En África, muchos países emplean una comisión de servicios judiciales para generar un listado de candidatos de los cuales el presidente puede elegir. En algunos países estas listas son vinculantes, mientras que en otros son simplemente sugerencias. En algunos casos las comisiones se componen solamente de designados presidenciales (incluyendo a jueces con muchos años de servicio), mientras que en otros incluyen a representantes de la asociación de abogados particulares, electos por los miembros de estas organizaciones. Por lo general se cree que la participación del colegio de abogados reduce el riesgo al control partidario, mejora la calidad de la selección de candidatos y reduce el grado en que los designados se sienten comprometidos con los gobiernos que los nombraron. Aun cuando la composición de estas comisiones crea la posibilidad de influencia de parte del ejecutivo, la decisión en grupo puede ser generalmente justa, como parece serlo en Zimbabwe.

Es importante señalar que estas reglas simplemente aumentan la probabilidad de que un juez decida los casos basado en la ley, y no por un deseo de retribuir a quienes lo nombraron, ya sea por afinidad partidista o por sometimiento al ejecutivo. Los procedimientos que dan a los partidos de oposición la oportunidad de opinar o los procedimientos que limitan los poderes del presidente en el proceso de nombramientos no garantizan la independencia por sí mismos.

El nombramiento de jueces temporales o de “jueces de sesiones periódicas”, representa una preocupación en algunos países. Grandes números de vacantes,

retrasos severos y la perspectiva de olas de peticiones sobre las elecciones después de las contiendas electorales nacionales pueden llevar a las cortes a nombrar a jueces temporales. En algunos casos las cortes animan a los jueces retirados para que regresen a estos puestos temporales. En otros casos, el presidente y el magistrado seleccionan a personas para estos puestos, sin ninguno de los controles o las salvaguardas que se requieren en los nombramientos normales. Unido a la ausencia de seguridad en la permanencia en el cargo para quienes ocupan estos puestos, este tipo de selección puede aumentar la probabilidad de que los jueces temporales estén sometidos al ejecutivo o al partido. Si se repite mucho el uso de jueces temporales ello indica la existencia de problemas potenciales, aunque puede ser necesario para satisfacer las demandas creadas por oleadas repentinas e imprevistas de litigios.

Los registradores de los tribunales, equivalentes a los oficiales de las cortes en los Estados Unidos, tienen responsabilidades importantes relacionadas a la administración de los registros de los casos. Pueden ayudar a asignar casos o asumir la importante responsabilidad de esa función. Ellos supervisan el registro donde se presentan los casos. En algunos países los registradores de los tribunales superiores son jueces de paz con mucha experiencia que aspiran a ser jueces. Pueden compartir con los jueces la seguridad de la permanencia en el cargo o estar sujetos a remoción sólo por causa del voto de una comisión de servicios judiciales. En otros casos, los registradores parecen tener menos protección. Por lo menos uno de los expertos consultados consideró que era importante extender las protecciones constitucionales de la permanencia a los registradores de la corte superior y la corte de apelación o corte suprema.

### *c. Financiamiento*

Los jueces y abogados a menudo se quejan de que los tribunales que emiten fallos en contra del gobierno carecen de financiamiento adecuado. Probablemente haya algo de cierto en estos argumentos, pero existen tantos otros problemas que complican las situaciones financieras de los tribunales, que muchas veces es difícil extraer inferencias causales claras.

Los tribunales en África rara vez tienen fondos suficientes para llevar a cabo sus funciones y son responsables de una pequeña fracción del gasto, por lo general menos del uno por ciento del presupuesto. Hasta hace poco, todas las cuotas y multas recolectadas por los tribunales se remitían al gobierno central. Para aliviar los problemas financieros, actualmente algunos gobiernos permiten que el poder judicial se quede con los honorarios cobrados por los tribunales.

Para evitar que los presupuestos de los tribunales estén sujetos a manipulación política, la práctica estándar a nivel internacional es hacer que los gastos fundamentales (salarios de los jueces, algunos gastos básicos de funcionamiento) sean parte del presupuesto consolidado. Eso significa que esos fondos son dedicados

a estos propósitos particulares, y el ejecutivo no puede reasignar el dinero. Típicamente, un representante del poder judicial ayuda a defender el caso del presupuesto en la legislatura.

Las prácticas en los países africanos varían. Algunos hacen que el presupuesto forme parte del fondo consolidado y otros no. Algunos permiten que un representante del poder judicial ayude a presentar el presupuesto ante la legislatura, mientras que la mayoría encarga esta función al ministerio de justicia. Muchos jueces se quejan de que los ministerios de justicia recortan, por razones políticas, las partidas solicitadas por los tribunales, aun antes de que el presupuesto llegue a la legislatura, y que la desaprobación hacia los tribunales de parte del ejecutivo se manifiesta de esta manera. Efectivamente, la mejor práctica sugiere que los poderes judiciales deberían poder desempeñar un papel más activo para explicarle el presupuesto a la legislatura y para presentar un panorama claro de las necesidades, aun cuando todavía no haya una fuerte competencia partidista en el nivel legislativo.

Aun las protecciones fuertes no pueden garantizar un presupuesto adecuado. La escasez de financiamiento puede darse aunque los gobiernos sean comprensivos. Muchos gobiernos africanos han gestionado presupuestos en efectivo bajo presión de instituciones financieras internacionales. Un gobierno no puede erogar más fondos del ministerio de hacienda que los que recauda, y esta regla se aplica todos los meses. Como resultado, el poder judicial podría recibir una cantidad inadecuada de fondos para mantener sus operaciones mensuales si la recaudación nacional de impuestos no llena las expectativas. Mientras más difícil es la situación financiera del país, menos fácil es controlar si el ministerio de hacienda está tratando de involucrarse en la manipulación política de los tribunales o si el mismo simplemente no puede pagarle a los tribunales lo que se les prometió.

#### *d. Asignación de casos*

El temor de que la política partidista pueda entrar en el proceso judicial a través de la asignación de casos sensibles a jueces que están a favor del gobierno es bastante pronunciado en muchos países africanos en la actualidad. Este tema es antiguo en la historia de los tribunales en todo el mundo. Para aliviar estos temores, muchos sistemas judiciales encuentran la manera de sacar del escenario a personas que toman decisiones individuales, asignando los casos de cierta forma al azar. El costo puede ser una pérdida de experiencia, cuando los casos se asignan a jueces que saben poco sobre los temas a tratar. Como resultado, algunos tribunales forman divisiones específicas para los temas (por ejemplo, civil y penal; o penal, comercial, familiar, constitucional y otros temas civiles) y luego asignan al azar dentro de esas divisiones, haciendo una rotación de los jueces entre divisiones cada año o cada dos años. También usan fórmulas para calcular el trabajo que generará un caso en particular, para no sobrecargar a unos jueces mientras otros disponen de tiempo de sobra.

Actualmente, la mayoría de tribunales africanos asigna casos en forma deliberada o sistemática, en vez de utilizar alguna forma de asignación al azar. Las razones pueden ser pragmáticas, pero siempre existe el riesgo de que esta práctica promueva la influencia partidaria o la corrupción. Esta preocupación ha surgido en Malawi, por ejemplo. En Kenia, el Juez Supremo asigna los casos constitucionales y muchas disputas civiles a algunos jueces en particular. El juez de turno asigna otros temas. Un experto escribe, “A principios de los años noventa, se abusaba tremendamente de [la oficina del juez de turno]... Uno o dos jueces a quienes se había designado como jueces de turno durante un largo tiempo, constantemente se asignaban a sí mismos todos los casos políticamente sensibles y procedían a cerrarlos todos.” Más recientemente, los tribunales de Kenia han rotado mensualmente el puesto del juez de turno, aliviando así cierta parte del problema señalado por el experto.

*e. Sometimiento al Ejecutivo*

Por lo general, cuando hablamos de la independencia judicial, el enfoque se centra en la influencia partidista en casos particulares. Pero muchos críticos temen que el sometimiento al ejecutivo, o una predisposición para favorecer al gobierno, sea una amenaza aun mayor. Las raíces de esta predisposición se encuentran en parte en costumbres heredadas y en parte en el manejo de oportunidades financieras. A diferencia de la mayoría de países africanos y de los Estados Unidos, Inglaterra no tiene una constitución escrita, aunque por mucho tiempo ha tratado varios documentos históricos importantes como una fuente de principios constitucionales (y actualmente tiene una carta de derechos, incorporada a través de legislación tomada de documentos europeos e internacionales). Los jueces no podrían utilizar la revisión judicial de la misma forma en que los jueces han usado los poderes de la revisión judicial en los Estados Unidos y en otras partes del mundo. Además existía una fuerte tradición de deferencia hacia la legislatura. Como resultado, la capacitación de muchos jueces africanos no ha incluido los tipos de estrategias interpretativas que les ayudarían a fortalecer la separación de poderes.

En muchos países, las bajas pensiones obligan a los jueces a buscar fuentes adicionales de ingresos después de dejar el cargo. Como los gobiernos continúan estando entre los principales empleadores, algunos jueces pueden ser muy cuidadosos de lo que dicen en el cargo, para no poner en peligro sus opciones futuras.

La exposición a decisiones provenientes de otras jurisdicciones, la capacitación y un mejor sistema de pensiones, parecen aliviar estos problemas. El estímulo de parte de los donantes ha sido útil para atacar estos asuntos en varios países, aunque los expertos continúan observando algún grado de conservadurismo entre los jueces.

*f. Conducta judicial*

Los jueces no solamente deben emitir fallos imparciales, sino también deben proyectar una imagen que los haga parecer justos. Es muy fácil que un buen juez aparente ser partidario si se relaciona con políticos en ocasiones sociales o si ofrece opiniones de asesoría al gobierno.

En el pequeño círculo social de la mayoría de capitales africanas, los jueces y los políticos se encuentran con frecuencia, pero esta práctica puede engendrar inquietud en el público. Varios expertos entrevistados para este estudio sugirieron que los jueces deben considerar qué tipos de apariencias y prácticas son aceptables y cuáles comprometen la imagen de justicia. Nuestro contribuyente de Malawi expresó particular preocupación por este aspecto. Pocos países africanos tienen códigos de ética judicial que proveen directrices. La corte de Tanzania tomó prestadas las directrices del código de conducta de la Asociación Americana de Abogados, desarrollado en los Estados Unidos, y es posible imaginarse que es un documento que podría dar elementos para su discusión en otras partes.

En los Estados Unidos, las opiniones consultivas constituyen un tabú a nivel federal, aunque las declaraciones ante públicos académicos y legales no políticos suelen ser aceptables (y son leídas por los funcionarios gubernamentales). Las declaraciones abstractas de interpretación de la ley por parte de la corte, separadas de los hechos de un caso particular, pueden generar confusión y pueden parecer como si comprometen ponen en peligro la separación de poderes.

Pero hay otro lado de la historia. En el nivel estatal en los Estados Unidos y en la tradición legal británica en términos más generales, cierto tipo de opiniones consultivas muchas veces se consideran aceptables (e históricamente se ha solicitado a las cortes que las emitan). La Corte Europea de Justicia y la Corte Internacional de Justicia también puede emitir algunos tipos de opiniones consultivas. Los jueces supremos africanos a menudo consideran útiles las opiniones consultivas para cultivar la comprensión de los temas del estado de derecho por parte del poder ejecutivo o la legislatura.

El tema de las opiniones consultivas ha captado la atención de algunos de los expertos entrevistados para este estudio. El experto de Malawi consideraba que todas las llamadas telefónicas y los contactos entre los jueces y el ejecutivo deberían ser grabados y controlados; en su opinión, estos contactos comprometerían la independencia judicial. Aunque esta recomendación puede parecer excesiva, el establecimiento de directrices para la emisión de tales opiniones es una parte importante de los ejercicios para fomentar la confianza y la educación pública. Sería útil para los tribunales que convocaran a académicos y profesionales del derecho y a miembros del ejecutivo y del legislativo para analizar las prácticas aplicadas en otros países y los temas en juego.

*g. Crítica orquestada*

En el pasado, los gobiernos disgustados por ciertas acciones de los tribunales en ocasiones enviaban a personal armado para intimidar a algún juez o magistrado. Actualmente, estas acciones atraen tanta crítica internacional y ofenden el sentir público de tal manera que ya son relativamente raras. Varios expertos entrevistados para este estudio sugirieron que la acción ha cambiado para convertirse en lo que ellos denominan la “crítica pública orquestada.”

El fenómeno tiene tres dimensiones. Una es la acción deliberada por parte de los partidos en el poder para instigar la crítica hacia los jueces en casos particulares, o hacia los tribunales en general, usando ONGs financiadas por el partido como voceros. Aunque esta práctica es evidente y seguramente es desagradable para los jueces involucrados, parece que en las sociedades abiertas es difícil poner fin a esta clase de conducta. De hecho, sería inapropiado hacerlo. Lo mejor que puede hacer un tribunal es asegurarse de que los informes legales se pongan a la disposición del público y emitir comunicados de prensa que expliquen el razonamiento en casos particulares, o que expliquen el razonamiento que motiva un cambio institucional. Las cortes de Zimbabwe han utilizado esta última opción, con efectos variados.

Una segunda dimensión la constituyen los esfuerzos partidarios para generar acusaciones falsas contra los jueces y magistrados que fallan contra el gobierno, y para pagar a periodistas para que divulguen las acusaciones sin pruebas contundentes. Un experto de Zambia dijo considerar que el presidente de la corte suprema de Zambia había sido objeto de tales presiones. Escribiendo para un pánel de la corte suprema, el presidente de la corte había revocado una disposición de la Ley de Orden Público del país, por considerarla vaga y excesiva. La legislatura trató de reinstalar la disposición y un periodista publicó una acusación que afirmaba que el presidente había violado a una empleada de la corte. Más adelante el periodista admitió que un asistente de prensa del gobierno le había pagado para hacerlo y que todo el asunto era político.

En toda la región, los jefes de estado comentan sobre la sustancia de asuntos particulares ante la corte e indican lo que consideran que debería ser el resultado del caso. Esta práctica viola las reglas respecto a los comentarios sobre casos *sub judice*, pero los jefes de estado no se han percatado de estas reglas o no tienen la intención de respetarlas. Ellos predisponen los resultados de estos casos, por consiguiente, y también pueden comprometer la apariencia de independencia del tribunal. Esto significa que un juez puede decidir basado en la ley y en los hechos que el caso de un demandante contra el gobierno no tiene mérito. Pero si ese fallo es posterior a las declaraciones públicas del jefe de estado sobre el “resultado correcto” del caso, la impresión popular es que la corte se encuentra bajo el control del partido.

*h. Medidas que politizan el proceso judicial*

La integridad de los tribunales sufre si se politizan aspectos del proceso judicial que están fuera del ámbito judicial. Los colaboradores de este estudio expresaron preocupación sobre el uso partidista de la policía y de los fiscales para acosar a críticos u opositores. A veces se utiliza la detención de periodistas por violar las leyes de sedición, su encarcelamiento durante semanas, y la amenaza de juicios que les llevarían a la bancarrota para silenciar a la oposición. Al acercarse la fecha del juicio, se suelta a los sindicatos cuando el fiscal retira los cargos. Los tribunales, así como la policía, caen bajo la sombra de la sospecha.

Los tribunales tienen una capacidad limitada para controlar a la policía y a los fiscales en este tipo de situaciones, aparte de su capacidad para escuchar las demandas que les presentan las partes ofendidas. Los sindicatos de actos criminales deben ser presentados ante un juez de paz o un juez para una audiencia preliminar dentro de un período breve, por lo general de 48 horas. El tribunal puede hacer cumplir este requisito y el personal judicial puede realizar visitas a la cárcel para ver que esta regla sea respetada. El tribunal también puede iniciar comités de administración del flujo de los casos para asegurarse de que una calendarización deficiente no interfiera con el transporte de prisioneros hacia el tribunal para los juicios, y puede desestimar casos cuando el gobierno solicite aplazamientos repetidos sin una buena razón.

Hay un tema más difícil en muchas jurisdicciones. Las leyes controlan lo que debe presentar un fiscal para evitar el sobreseimiento del caso en la audiencia preliminar. En muchos países africanos, las legislaturas gradualmente han ido eliminando medidas que exigen la presentación de un sumario de evidencias, las cuales podrían ser utilizadas por los jueces de paz o jueces para el sobreseimiento en casos triviales. La reactivación de estas leyes podría ayudar a remediar la situación.

Lo que los tribunales no pueden hacer es obligar a enjuiciar a sindicatos protegidos políticamente. Esto se refiere a personas que cometen crímenes, que tienen un respaldo político fuerte y que pueden encontrar que los fiscales retiren los cargos formulados en su contra. Los tribunales no pueden hacer nada bajo estas circunstancias, y la equidad del proceso judicial se ve claramente comprometida.

#### *i. Ley sustantiva e independencia judicial*

Por último, los participantes en este estudio señalan que el contenido de la ley –la ley sustantiva– puede marcar una diferencia en cuanto a la impresión popular sobre la independencia de los tribunales. A los jueces se les exige que ejecuten las leyes que están escritas, sin importar si las consideran apropiadas o no, y la ejecución de leyes que la gente considera inaceptables puede dañar la reputación del poder judicial en cuanto a lo justo de los jueces.

Pero esta relación causal depende de muchas condiciones. Durante la era del apartheid, los tribunales en Sudáfrica lograron moderar los efectos de leyes que se

encontraban fuera de línea con las normas contenidas en las constituciones o en tratados y convenios, dependiendo del rango que éstas tuvieran en el país. Los tribunales trataron de encontrar casos similares en otros países para limitar la aplicación de reglas que consideraban injustas. Como resultado, la institución alcanzó una mayor integridad, o éste fue el caso para ciertos jueces y ciertos niveles de la corte. La lección para el resto de África aparece en algunos de los comentarios de los participantes en el proyecto. Esto significa que la capacitación judicial, el conocimiento del derecho comparado, el acceso a materiales legales de otras partes del mundo y la facilidad con las normas internacionales, todo ello influye en el resultado aun cuando la ley sustantiva no es atractiva.

### ***3. Corrupción y problemas para desligarse del partido***

La independencia significa estar libre no sólo de las presiones políticas partidarias sino también de los litigantes poderosos a nivel social. La forma principal en que los poderosos a nivel social influyen en los procesos judiciales es a través de la corrupción; la corrupción se destacó de manera importante en los comentarios de los participantes de Kenia, Malawi, Nigeria, Uganda y Zambia. Como regla general, los observadores consideran que la corrupción es más problemática en los niveles inferiores de la corte, en los jueces de paz. Sin embargo, de vez en cuando hay instancias de corrupción en los tribunales superiores y en las cortes de apelación.

Los bajos niveles de remuneración por lo general atraen la atención como la fuente principal de conducta corrupta, y tales comentarios figuraron de manera importante en la información que recibió este proyecto. Pero es importante ser cuidadosos en este análisis.

- En muchos países, los jueces han avanzado a nuevas escalas salariales y ahora se les paga más que a otros servidores públicos. Esperamos ver niveles de corrupción más bajos en los puestos superiores, si es que la cuestión económica es uno de los motivos principales. Estos cambios, sin embargo, en gran medida no han llegado hasta los jueces de paz, y esa es la parte del poder judicial donde los problemas suelen ser más graves.
- Varios observadores comentaron que, aun con los salarios más altos, los profesionales privados ganan más que los jueces, de manera que persiste la tentación de realizar cobros adicionales. Aunque se puede entender que este diferencial pueda dificultar al poder judicial la contratación de personal talentoso con amplia experiencia, en ninguna de las democracias desarrolladas se les paga a los jueces más que a los buenos profesionales privados, y la corrupción no campea en esos ambientes. Parece que las normas realmente marcan una diferencia.

Los códigos de conducta proporcionan una importante serie de directrices para el personal judicial y los jueces de paz, cuya educación a menudo no incluye ninguna preparación sobre este tipo de asuntos.

Algunos de los problemas de corrupción ocurren en los registros de los tribunales, donde los oficiales establecen planes para cobrarles a los litigantes “en nombre del juez”, sin que éste lo sepa. Reducir el número de puntos donde los oficiales se encuentren en posición de emitir un permiso o realizar un servicio podría ayudar a disminuir estos problemas.

También existe el riesgo de que los cobros de la corrupción puedan ser mal utilizados para desacreditar a jueces honestos o jueces de paz que estén llevando casos sensibles. Un participante en el proyecto recomendó establecer un Procurador Judicial de los Derechos Humanos que sea independiente y que ayude a reducir las críticas públicas y a investigar las acusaciones de corrupción, de manera que el uso de cobros indebidos sea menos problemático y los oficiales corruptos puedan ser despedidos.