



Joaquim Falcão,\* Marcelo Lennertz\*\* y Tânia Abrão Rangel\*\*\* (Brasil)

## El control de la administración judicial

### RESUMEN

La redemocratización brasileña ha traído nuevas y mayores demandas al Poder Judicial. Como consecuencia, durante los últimos años se han sucedido reformas en su estructura institucional. Una de las más significativas se refiere a la administración de la justicia. Administrar el Poder Judicial no se restringe a poner el servicio judicial a disposición de la población. Además, es necesario que ese servicio exteriorice los principios constitucionales administrativos, principalmente los de la legalidad, moralidad, impersonalidad, eficiencia y publicidad. Con ese fin se creó el Consejo Nacional de Justicia (CNJ). Este artículo aborda los principales desafíos enfrentados en el proceso de institucionalización de este nuevo órgano. De ellos, los que hoy se muestran más instigadores se refieren a la delimitación del lugar del CNJ como órgano de control administrativo de la justicia en un sistema de competencia intrajudicial. Dos casos recientes ilustran la problemática enfrentada por el Consejo y las consecuencias de esa diferenciación para su legitimidad y la del propio Poder Judicial.

**Palabras clave:** administración de justicia, garantías constitucionales, jurisdicción constitucional, competencia de tribunales, debido proceso legal, legitimidad del acto administrativo, proceso constitucional, Consejo Nacional de Justicia, Brasil.

### ZUSAMMENFASSUNG

Die Rückkehr Brasiliens zur Demokratie hat die Justiz vor neue, erhöhte Anforderungen gestellt. Als Reaktion darauf wurde ihre institutionelle Struktur in den vergangenen Jahren mehreren Reformen unterzogen. Eine der wichtigsten betrifft die Ausübung der Gerichtsbarkeit. Die Verwaltung der Justiz beschränkt sich nicht darauf, das Leistungsangebot der Justiz für die Bevölkerung zu gewährleisten. Dieses Leistungsangebot muss vielmehr den Grundsätzen einer verfassungskonformen Verwaltung – vor allem Rechtsstaatlichkeit, Sittlichkeit, persönliche Neutralität, Effizienz und Öffentlichkeit – gerecht werden. Zu

\* Director y profesor de Derecho Constitucional de la Escuela de Derecho de Río de Janeiro, de la Fundação Getúlio Vargas. Miembro del Consejo Nacional de Justicia (2005-2009). Máster en Derecho (LL.M.) por la Harvard Law School. Doctor (Ph.D.) en Educación por la Universidad de Ginebra.

\*\* Mestre (LL.M.) por Yale Law School. Mestre en Derecho por PUC-Rio.

\*\*\* Pesquisadora do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da Escola de Direito de Rio de Janeiro, da Fundação Getúlio Vargas. Mestre em Direito por a Universidade de Franca y por a Universidad Francisco de Vitoria (Madrid).

diesem Zweck wurde der Nationale Justizrat (CNJ) geschaffen. Der Beitrag befasst sich mit den wichtigsten Herausforderungen, die bei der Institutionalisierung des neuen Organs auftraten. Am Problematischsten erscheinen heute die Fragen, die sich auf die Stellung des CNJ als Kontrollorgan der Justiz beziehen, dessen Kompetenzen Teil des Systems der Justizselbstverwaltung sind. Zwei Fälle aus jüngster Zeit belegen beispielhaft die Schwierigkeiten, vor denen der Rat steht, und die Folgen aus dieser Aufgabenbestimmung für seine Legitimität und die der Judikative insgesamt.

**Schlagwörter:** Ausübung der Gerichtsbarkeit, von der Verfassung garantierte Freiheitsrechte, Zuständigkeitsbereich der Verfassungsgerichtsbarkeit, Kompetenz der Gerichte, rechtmäßiges Verfahren, Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts, Verfassungsprozess, Nationaler Justizrat, Brasilien.

## ABSTRACT

Brazilian re-democratization has introduced greater demands on the judiciary. As a consequence, the judiciary has recently undergone successive reforms in its institutional structure. One of the most significant modifications concerns the administration of justice. Administration of judicial power is not restricted to making the court system available to the public. The judiciary is also responsible for determining administrative constitutional principles, particularly those affecting legality, morality, efficiency and publicity. For these functions, the *Consejo Nacional de Justicia* (CNJ) [National Council for Justice] was created.

This paper addresses the principal challenges in the institutionalization process of this new judicial body. Today, the most outstanding challenge relates to setting the limits for the Council as a body for the administrative control of justice within a system of intra-judicial jurisdiction. The paper discusses two recent cases illustrative of the recent problems faced by the Council and the importance of jurisdictional clarification for its legitimacy and that of judicial power in general.

**Keywords:** administration of justice, constitutional safeguards, constitutional jurisdiction, court jurisdiction, due process of law, legitimacy of administrative acts, constitutional process, Consejo Nacional de Justicia, National Council for Justice, Brazil.

## 1. Introducción: Estado de derecho e inseguridad judicial

En recientes años la *discusión* sobre la implantación y consolidación de un Estado de derecho favorable al desarrollo económico globalizado y a la democracia en América Latina ha sido, muchas veces, traducida como la necesidad creciente de una mayor previsibilidad de los fallos judiciales. La pauta jurídico-política de organismos internacionales<sup>1</sup> y de alguna producción académica relacionaba la consolidación del Estado de derecho con límites más precisos y rigurosos en la actividad de interpretación de

<sup>1</sup> El Banco Mundial, en su proyecto *Doing Business 2009*, muestra que Brasil ha empeorado tres puntos en cuanto al cumplimiento de sus contratos y siete puntos con relación al cierre de la empresa. Esos dos aspectos están directamente relacionados con la actuación del Poder Judicial. La fuerza del contrato se refiere “a la eficiencia del cumplimiento de las leyes contractuales en este país, por medio del seguimiento de una disputa de pago” y el cierre de la empresa al “tiempo y [a] los costos relacionados con un proceso de quiebra” (en Banco Mundial: *The International*

las leyes por el Poder Judicial. Se planteó la hipótesis de que la discrecionalidad del juez se pudiera estar utilizando en forma tal que favoreciera un interés social que fuera más allá de la ley y, por lo tanto, alejado del Estado de derecho. Esta crítica fue reforzada por algunas investigaciones sectoriales y coyunturales en las cuales algunos jueces afirmaban que preferían proteger más el fin social de la ley que la letra de la ley.

Por lo tanto, habría un sesgo en los fallos de los jueces, sobre todo en los de primera instancia, a favor, por ejemplo, de los deudores.<sup>2</sup> Este sesgo provocaría una falta de respeto a los contratos legalmente constituidos. Se estaría creando un ambiente jurídico contrario al *doing business* en Brasil, sobre todo a las financiaciones a largo plazo, que tendría un impacto directo sobre el flujo de inversiones globalizadas y sobre la tasa de interés.

En ese contexto, la pauta externa sobre el Estado de derecho en América Latina tenía como prioridad la imprevisibilidad interpretativa de los jueces como una de las principales fuentes de inseguridad jurídica.

En otras palabras, el problema era la calidad (previsibilidad/imprevisibilidad) de los fallos judiciales, razón por la cual, si el país pretendiera garantizar un Estado de derecho favorable a la estabilidad económica y a las inversiones globalizadas, tendría que asegurar antes un mayor control de la discrecionalidad hermenéutica de los jueces.

En un artículo anterior, hemos intentado especificar mejor el concepto de seguridad jurídica, distinguiendo por lo menos tres tipos de incertezas asociadas al proceso decisorio judicial, a saber: a) incerteza estructural; b) incerteza patológica, y c) incerteza exógena al Judicial (resultante de actos del Ejecutivo, del Legislativo o de los agentes económicos).<sup>3</sup> Procuramos demostrar que la llamada *incerteza estructural de la*

---

*Bank for Reconstruction and Development. Doing Business 2009*, disponible en <<http://portugues.doingbusiness.org/ExploreEconomies/default.aspx?economyid=28>> (16.4.2009).

<sup>2</sup> Armando Castelar Pinheiro: "Judiciário, Reforma e Economia: A Visão dos Magistrados", artículo preparado como parte del proyecto de investigación *Addressing Judicial Reform in Brazil: Institutions and Constituency Building*, realizado por el Instituto de Estudios Económicos, Sociales y Políticos de San Pablo (IDESP), disponible en <<http://epge.fgv.br/pt/files/1462.pdf>> (16.4.2009).

<sup>3</sup> Véase Joaquim Falcão, Luís F Schuartz y Diego Arguelhes: "Jurisdição, incerteza e Estado de Direito", en *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, n.º 243, setiembre-diciembre de 2006, São Paulo: Atlas, 2006, pp. 79-112. Ese texto fue escrito en respuesta a la conjetura propuesta por economistas (Véase P. Arida, E. Bacha y A. Lara-Resende: "Credit Interest and Jurisdictional Uncertainty: Conjectures on the Case of Brazil", en Giavazzi, Goldfajn y Herrera (orgs.): *Inflation Targeting, Debt and the Brazilian Experience: 1999 to 2003*. Cambridge (MA): MIT Press, 2005), que identificaba en la "incerteza jurisdiccional" resultante de un supuesto sesgo antiacreedor de los jueces brasileños —y en la inseguridad jurídica generada por esta— el factor determinante de las altas tasas de interés y de la inexistencia de un mercado del crédito a largo plazo en el país. La principal crítica que sostenemos es la de que la actividad decisoria judicial —la actividad de aplicación de normas generales a casos concretos— es mucho más compleja que lo que el concepto de *incerteza jurisdiccional* acuñado por los economistas lleva a creer. Procuramos, pues, establecer distinciones entre lo que denominamos a) incerteza estructural —es decir, la incerteza inherente a la actividad jurisdiccional, que deriva del hecho de la existencia de alternativas decisorias que, aunque puedan frustrar las expectativas de las partes, pueden ser reconducidas argumentativamente al Derecho vigente que le corresponde al juez aplicar—; b) incerteza patológica —que ocurre cuando una expectativa jurídicamente fundada es frustrada por una decisión que no pertenece al conjunto de las decisiones jurídicamente satisfactorias en el caso concreto—; y c) incerteza resultante de factores exógenos al Poder Judicial —generada por actos del Ejecutivo y del Legislativo o de los agentes económicos mismos—. En ese sentido, argumentamos que solo la incerteza del tipo patológico es de responsabilidad exclusiva del Poder Judicial y constituiría lo que

*actividad jurisdiccional* no se puede encarar como una de las causas de la inseguridad jurídica y que, muchas veces, la inseguridad jurídica puede ser resultado de factores externos al Poder Judicial y no directamente relacionados con la actividad decisoria de los jueces.

En verdad, aunque el respeto a los contratos se pudiera constituir una reivindicación legítima de importantes sectores económicos, nacionales e internacionales, no había evidencia empírica suficiente que corroborara la tesis del sesgo judicial favorable al deudor capaz de fundamentar tan genérica caracterización del Poder Judicial. Basta recordar que en Brasil existen en total 93 tribunales, entre tribunales estaduais, federales y superiores, así como una fuerte tradición de pluralismo hermenéutico, temporal y jerárquico.

Aunque se admitiera la existencia de este sesgo “sectorializado”, sería como mínimo una exageración constituir una condenación a priori de ausencia de un Estado de derecho en el país. No solo por el hecho de que este sesgo podría estar en la misma ley elaborada por el Legislativo, y no en la interpretación judicial, sino también por otro motivo, expresado en las siempre actuales palabras de Alexis de Tocqueville sobre la cultura económico-legal de los Estados Unidos de América:

En los Estados Unidos, las fortunas se destruyen y crecen sin dificultad. El país no tiene límites y está lleno de recursos inagotables. El pueblo tiene todas las necesidades y todos los apetitos de un ser que crece y, no obstante los esfuerzos que haga, está siempre rodeado de más bienes de los que puede hacer suyos. Lo que es de temer en un pueblo así no es la ruina de algunos individuos, que pronto se repara, sino la inactividad y la languidez de todos. La audacia en los emprendimientos industriales es la primera causa de sus progresos rápidos, de su fuerza, de su grandeza. La industria es, para él, como una gran lotería en la que un pequeño número de hombres pierde cada día, pero en la cual el Estado gana sin cesar; un pueblo como ese debe, pues, ver con buenos ojos y honrar la audacia en materia de industria. Vaya, toda empresa audaz compromete la fortuna de quien a ella se dedica, y la fortuna de todos los que en él confían. Los americanos, que hacen de la temeridad comercial una especie de virtud, en ninguna hipótesis condenarían a los temerarios. Es por eso que en los Estados Unidos las personas muestran una indulgencia tan singular para con el comerciante que entra en quiebra: el honor de este no sufre con dicho accidente.<sup>4</sup>

Nadie diría que este rasgo de la cultura económica norteamericana —el sesgo pro-temerario—, que moldeó su cultura legal y que, a todo esto, ha sido intensamente practicado hoy día en esta crisis económica, fuera suficiente para poner en duda el

---

los economistas llaman *incerteza jurisdiccional*. Pero la inseguridad jurídica es producida también por otros factores no ligados al desempeño de los jueces.

<sup>4</sup> Véase Alexis de Tocqueville: *Democracy in America* (trad. Henry Reeve), 3.<sup>a</sup> ed., Cambridge: Server and Francis, 1893, vol. II, p. 289, disponible en <[http://books.google.com.br/books?id=gTX-uSzS2fAC&dq=Tocqueville+fortune+America&source=gbs\\_navlinks\\_s](http://books.google.com.br/books?id=gTX-uSzS2fAC&dq=Tocqueville+fortune+America&source=gbs_navlinks_s)> (9.12.2009).

compromiso de este país para con el Estado de derecho. En verdad, esta pauta resultaba de una concepción unilateral y exclusivista del Estado de derecho, cada vez menos aceptada y evidente.

Si la cuestión crucial es la disputa por la pauta jurídico-política necesaria para una América Latina económicamente estable y políticamente democrática, la prioridad debe ser otra. Responsabilizar eventualmente al Poder Judicial como provocador de inseguridad jurídica resulta del aún precario acceso de la población a la “legalidad judicializada”.<sup>5</sup> Y uno de los factores decisivos para este precario acceso es, sin duda, el desajuste entre la demanda por fallos judiciales y su oferta.

Tomando como presupuesto el hecho de que, desde 1988, las leyes son producidas con razonable grado de participación democrática, el desafío nacional estaría mucho más vinculado al aumento de la producción de fallos judiciales definitivos basados en dichas leyes —o sea, en el aumento de su insuficiente cantidad— que en la mejora de la calidad de algunos de esos fallos, que sufrirían de un supuesto déficit de previsibilidad. La prioridad es mucho más la inseguridad jurídica fruto de la ineficiente administración judicial, que aquella fruto de la libertad interpretativa del magistrado.

El exceso de demanda en relación con la oferta de fallos judiciales es un problema crónico de gran parte de los países occidentales. Este exceso provoca el fenómeno de la lentitud del Judicial, que hoy ya se puede medir por los altos índices de congestiónamiento y recurribilidad del sistema judicial. La tabla que sigue muestra la evolución del índice de congestiónamiento<sup>6</sup> en los años 2004 a 2007 en los tres principales sistemas judiciales brasileños:

Índice de congestiónamiento	Justicia federal				Justicia laboral				Justicia estadual			
	2004	2005	2006	2007	2004	2005	2006	2007	2004	2005	2006	2007
2.º grado	67,1	65,3	60,4	60,5	33,2	30	28,3	28,1	51,9	49,4	46,3	45,4
1.º grado	76,3	78,3	75,7	78	48,3	50,5	51,7	49,4	80,6	79,9	80,1	80,5
Tribunal recursal	33,8	33,3	38,6	24,8					37,6	42,6	30,9	42,9
Juzgado especial	47,6	44,3	43,3	42,2					53,7	50,4	48,7	51

Fuente: Consejo Nacional de Justicia, *Justiça em Números 2007*, vol. II.<sup>7</sup>

Por medio de la próxima tabla se puede tener una idea más clara a respecto de los números que componen el índice de congestiónamiento en estos tres sistemas judiciales brasileños sobre el año 2007.

<sup>5</sup> Véase al respecto Joaquim Falcão: “Transgressões coletivizadas e justiça por amostragem”, en Fernando Henrique Cardoso y Marçílio Marques Moreira: *Cultura das transgressões no Brasil: Lições da história*. 2.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 41-68.

<sup>6</sup> Este índice se obtiene por la división de los casos no sentenciados por la suma de los casos nuevos y de los casos pendientes de juicio.

<sup>7</sup> Disponible en <[http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/relatorios/justica\\_em\\_numeros\\_volume\\_2.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/relatorios/justica_em_numeros_volume_2.pdf)> (16.4.2009).

Cuantitativo 2007	Justicia federal			Justicia laboral			Justicia estadual		
	Casos nuevos	Casos pendientes	Fallos y sentencias	Casos nuevos	Casos pendientes	Fallos y sentencias	Casos nuevos	Casos pendientes	Fallos y sentencias
2.º grado	443.989	674.915	442.123	642.941	212.402	615.235	1.623.974	1.173.742	1.519.690
1.º grado	646.298	1.731.406	522.267	2.968.843	2.826.863	2.930.308	11.476.577	32.103.142	8.516.057
Grupo recursal	332.743	152.937	385.896				267.804	102.797	211.670
Juzgado especial	1.253.503	944.308	1.271.337				4.113.152	4.029.594	3.991.470

Fuente: Conselho Nacional de Justiça, *Justiça em Números 2007*, vol. II.<sup>8</sup>

La imposibilidad de la parte de calcular el tiempo de la acción judicial aumenta de tal manera los costos de litigar que acaba favoreciendo otras opciones de resolución de conflicto fuera del Estado de derecho, tales como la violencia económica y social, que tiene un gran impacto desestabilizador sobre el régimen constitucional. *A contrario sensu*, creemos que el aumento de la eficiencia operativa —la agilidad decisoria— del Poder Judicial es uno de los principales factores de inclusión sociolegal y, por lo tanto, de consolidación del Estado democrático de derecho. Y esa estrategia, a largo plazo, es mucho más propicia a la seguridad jurídica de contratos, inversiones y desarrollo del mercado interno que la tentativa de restringir el eventual exceso de libertad interpretativa de los magistrados.

Nada más ni nada menos que por ello es que, en una reciente encuesta de ámbito nacional sobre la evaluación del Poder Judicial por la población brasileña,<sup>9</sup> el aspecto que los entrevistados identificaron como el más importante para mejorar la justicia en el país fue “más agilidad”, con un 54%. Cuando se preguntó si consideraban al Judicial brasileño ágil o lento, el 88% respondió que la lentitud era la característica que mejor lo describía. O sea, la principal medida a tomar para mejorar la justicia es la conquista de la agilidad decisoria.<sup>10</sup>

En verdad, parece existir una correlación entre la legitimidad social y política del Poder Judicial y su eficiencia administrativa. O, como decía Niklas Luhmann, una correlación entre la legitimidad del Judicial y su capacidad de producir sentencias,

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> Encuesta de opinión pública organizada por el Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) de la Escola de Direito do Rio de Janeiro, de la Fundación Getulio Vargas (FGV Direito Rio) y por el Instituto de Pesquisas Sociais, Políticas e Econômicas (Ipespe), realizada en el período del 9 al 11 de febrero de 2009. Muestra nacional extraída aleatoriamente con 1200 entrevistas, representativa de la población adulta brasileña con acceso a la red telefónica (en sus domicilios y/o en los lugares de trabajo) de todas las regiones del país. Se definieron cuotas de localidad, sexo y edad, a partir de lo cual la selección fue aleatoria. De los entrevistados, 200 tenían o habían tenido un proceso en la justicia en los últimos 12 meses. El margen de error es de 2,9%. Las variables utilizadas fueron: sexo, edad, instrucción, ingresos, región y uso de la Justicia.

<sup>10</sup> Véase al respecto Joaquim Falcão: “O brasileiro e o judiciário”, en *Conjuntura Econômica*, vol. 63, n.º 4, abril de 2009.

implementarlas y traer la paz social. Si ello es así, existiría una correlación positiva entre la legitimidad político-democrática del Poder Judicial, el acceso social y la agilidad operativa de los fallos. El desafío pasa a ser, entonces, la reducción de la inseguridad judicial administrativa por la reducción de la lentitud decisoria, con la ampliación, concomitante, del acceso a la justicia. No es una tarea fácil, ni inmediata.

Este artículo trata, pues, de la institucionalización de una justicia administrativa capaz de controlar la administración de la justicia. No la justicia administrativa que se desarrolla para el control y la fiscalización de los actos del Poder Ejecutivo, de sus agencias reguladoras y agentes, sino la justicia administrativa que se desarrolla para controlar y fiscalizar los actos y políticas públicas de la administración judicial, de responsabilidad de los mismos jueces, servidores y *serventuarios*<sup>11</sup> del Poder Judicial en la búsqueda de la agilidad decisoria. Este es nuestro foco temático.

La legalidad de estos actos judiciales administrativos está, como todos los actos de la administración pública, subordinada al artículo 37 de la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988 (CRFB/88), que dice “La administración pública directa e indirecta de cualquiera de los Poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios obedecerá a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia[...]”, y a la Ley Orgánica de la Magistratura Nacional (Loman), que, en su artículo 35, establece como deberes de los magistrados:

- I. cumplir y hacer cumplir, con independencia, serenidad y exactitud, las disposiciones legales y actos de oficio;
- II. no exceder injustificadamente los plazos para sentenciar o despachar;
- III. determinar las medidas necesarias para que los actos procesales se realicen en los plazos legales;
- IV. tratar con urbanidad a las partes, a los miembros del Ministerio Público, a los abogados, a los testigos, a los funcionarios y auxiliares de la Justicia, y atender a los que lo busquen, en cualquier momento, cuando se trate de una medida que reclame y haga posible una solución de urgencia;
- V. residir en la sede de la comarca, salvo autorización del órgano disciplinario al que esté subordinado;
- VI. asistir puntualmente a la hora en que se inicie el horario de atención o la sesión, y no ausentarse injustificadamente antes de su término;
- VII. ejercer asidua fiscalización sobre los subordinados, especialmente en lo que se refiere a la cobranza de costas y emolumentos, aunque no haya reclamación de las partes;
- VIII. mantener una conducta irreprochable en la vida pública y particular.

<sup>11</sup> *Servidor*, según el artículo 2 de la ley 8112/91, es “la persona legalmente investida en un cargo público”, mientras que un *serventuario* es un auxiliar de la Justicia, de acuerdo con el artículo 139 del Código de Procedimiento Civil: “Son auxiliares del juzgado, además de otros, cuyas atribuciones determinan las normas de organización judicial, el actuario, el oficial de justicia, el perito, el depositario, el administrador y el intérprete”.

La demanda por un Poder Judicial más eficiente, entendida en su acepción más simple —del equilibrio entre la demanda y oferta de sentencias— se ha constituido en una creciente reivindicación social y política desde la CRFB/88. En la medida en que el Judicial se ha revelado históricamente incapaz de manejar solo este desequilibrio, han surgido propuestas de enmienda constitucional en favor de un control externo de la magistratura, con la participación de representantes de la sociedad y de los demás poderes, capaz no solo de agilizar las decisiones, sino también de garantizar los principios del artículo 37 de la CRFB/88.

Evidentemente, la magistratura reaccionó vigorosamente ante la idea de un control externo basándose en el artículo 2 de la CRFB/88, que asegura la independencia entre los poderes en los siguientes términos: “Son Poderes de la Unión, independientes y armónicos entre sí, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial”. La posición predominante entre los magistrados en esa época era la de que, si hubiese cualquier control administrativo, este debería ser un control interno, y jamás con la interferencia de otros poderes de la República, o de cualquier tipo de control externo al Judicial. Durante más de quince años esta reacción paralizó cualquier decisión congresal. Ante la inacción del mismo Poder Judicial y la paralización del Congreso, se agravó el desfase entre demanda y oferta, generalizándose la exclusión judicial no solo entre los de menores ingresos, sino también entre los consumidores y las empresas.

El hecho es que la búsqueda de la agilidad judicial administrativa se había traducido en una disputa política entre los poderes, y solo se resolvió en el 2004, con la aprobación de la enmienda constitucional n. 45 (EC 45/04), que creó el Consejo Nacional de Justicia (CNJ), con los objetivos<sup>12</sup> institucionales de:

- I. velar por la autonomía del Poder Judicial y por el cumplimiento del Estatuto de la Magistratura, pudiendo expedir actos reglamentarios, en el ámbito de su competencia, o recomendar medidas;
- II. velar por la observación del artículo 37 y apreciar, de oficio o mediante provocación, la legalidad de los actos administrativos practicados por miembros u órganos del Poder Judicial, pudiendo desconstituirlos, reverlos o fijar plazo para que se adopten las medidas necesarias para el exacto cumplimiento de la ley, sin perjuicio de la competencia del Tribunal de Cuentas de la Unión;
- III. recibir y conocer las reclamaciones contra miembros u órganos del Poder Judicial, incluso contra sus servicios auxiliares, serventías y órganos prestadores de servicios notariales y registrales que actúen por delegación del poder público u oficializados, sin perjuicio de la competencia disciplinaria y correccional de los tribunales, pudiendo avocar procesos disciplinario en curso y determinar la destitución, la disponibilidad o la jubilación con subsidios o proventos proporcionales al tiempo de

<sup>12</sup> Artículo 103-B, § 4, de la CRFB/88.

servicio y aplicar otras sanciones administrativas, asegurada una amplia defensa;

- IV. representar al Ministério Público, en caso de delito contra la administración pública o de abuso de autoridad;
- V. revisar, de oficio o mediante provocación, los procesos disciplinarios de jueces y miembros de tribunales juzgados hace menos de un año;
- VI. elaborar semestralmente un informe estadístico sobre procesos y sentencias dictadas, por unidad de la Federación, en los diferentes órganos del Poder Judicial;
- VII. elaborar un informe anual, proponiendo las medidas que considere necesarias, sobre la situación del Poder Judicial em el País y las actividades del Consejo, el cual debe integrar un mensaje del Presidente del Supremo Tribunal Federal a remitirse al Congreso Nacional, en oportunidad de la apertura de la sesión legislativa.

De esta manera, el CNJ ha representado, como veremos, una solución de compromiso entre los grupos políticos antagónicos que defendían el control interno y el control externo de la administración de la Justicia. La trayectoria de la institucionalización del Consejo es el foco histórico-empírico de este artículo.

El consenso —táctico— formado alrededor de los compromisos institucionales asumidos para que se consiguiera aprobar el texto de la EC 45/2004 neutralizó, momentáneamente, las divergencias entre los diferentes grupos de interés que pautaron la construcción institucional del CNJ. Pero no las resolvió. De hecho, la tensión entre los que rechazaban cualquier tipo de control externo al Judicial y aquellos que defendían ese tipo de control permaneció latente y hoy se manifiesta nuevamente en otra arena, de carácter doctrinario.

La disputa política entre los diferentes grupos de interés que pautaron la construcción institucional del CNJ fue resulta constitucionalmente, pero no fue extinguida.<sup>13</sup> Ha resurgido frecuentemente en las actividades políticas y en las decisiones del CNJ que buscan planificar, controlar y fiscalizar los actos administrativos del Poder Judicial. En verdad, el CNJ nace con el compromiso de promover una reforma de la administración de la justicia. Solo la reforma lo justifica. Por esto, la disputa política

<sup>13</sup> Entendemos que el texto final de una Constitución es, en última instancia, resultado de una elección entre alternativas concurrentes e incompatibles. Por eso, la redacción de un dispositivo constitucional es, muchas veces, nada más que un precario arreglo entre intereses distintos, los cuales por medio de la negociación llegan a un resultado que, aunque no cumpla al máximo con las expectativas de todos, es el único desenlace posible en un escenario en el que el consenso es el más escaso de los bienes. Esas divergencias subyacentes al texto constitucional, y que resultan del proceso político de su elaboración, tienden a aflorar nuevamente en el momento de la interpretación y aplicación de la Constitución por una comunidad jurídica. Sobre la importancia para la elaboración e interpretación de constituciones de la asunción de compromisos (o acuerdos) formados sin que haya consenso entre las personas sobre las razones teóricas que los justifican, véase Cass R. Sunstein: “Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law”, 74 *Social Research* 1 (2007). Traducido al portugués por Diego W. Arguelhes y Pedro J. Cantisano con el título “Acordos constitucionais sem teorias constitucionais”, en *Revista de Direito Administrativo*, n.º 246, setiembre-diciembre de 2007.

inicial ha resurgido de diversas maneras. En este artículo nos interesa específicamente el resurgimiento revestido con ropajes doctrinario-jurisprudenciales, capaces de afectar la institucionalización del control administrativo del CNJ sobre los magistrados. Es decir, cuando se revela, por ejemplo, como disputa sobre el contenido doctrinario de conceptos básicos del derecho administrativo que giran en torno a la naturaleza de la competencia judicial del CNJ, como la discrecionalidad administrativa y la distinción entre acto administrativo y acto jurisdiccional.

La búsqueda de la agilidad decisoria judicial como factor que consolide la estabilidad económica y democrática del país depende de cómo será capaz de institucionalizarse a largo plazo en el futuro el compromiso constitucional entre el control interno y el control externo de la administración judicial.

## 2. La institucionalización del control

El impasse entre el control interno —defendido por la magistratura— y el control externo —defendido por el Congreso, por los abogados, el Ministerio Público y la opinión pública— fue tácticamente neutralizado por un acuerdo para la institucionalización normativa: a) el nuevo Consejo Nacional de Justicia sería el segundo órgano en la jerarquía del Poder Judicial, inmediatamente por debajo del Supremo Tribunal Federal —sería formalmente, pues, un órgano interno al Poder Judicial—; b) su composición admitiría, no obstante, miembros no magistrados, como abogados, miembros del Ministerio Público y representantes de la sociedad indicados por el Senado y por la Cámara de Diputados —alejándose, por lo tanto, la participación directa de congresistas—; c) la mayoría de los miembros —9 de los 15 consejeros— sería compuesta por magistrados; d) la Presidencia sería ocupada por un ministro del STF, y no elegida por el plenario; e) el corregidor general de Justicia tampoco sería elegido por el plenario, sino que sería un ministro del Superior Tribunal de Justicia (STJ).

El resultado político neto de esta composición es que en CNJ pasó a ser la única institución del Poder Judicial con poder sobre todos los actos administrativos de los jueces, aunque estuviera integrada por miembros no magistrados —si bien en mayoría—. Si duda, se trata de una flexibilización del significado absoluto que se atribuía al principio de la independencia del Poder Judicial según la interpretación dominante entre los magistrados. Flexibilización, aunque compatible con el Estado democrático de derecho.

Más que un tribunal judicial administrativo, el CNJ fue institucionalizado como órgano definidor, implementador y fiscalizador de una fundamental política pública para la democracia: la política pública de administración de la Justicia. Para ello, tiene tres competencias<sup>14</sup> distintas, interconectadas y convergentes sobre todos los magistrados, con excepción de los ministros del STF.

---

<sup>14</sup> Para más informaciones sobre las competencias y actuaciones del CNJ, véase el sitio institucional en la dirección <[www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br)>.

Primero, la competencia normativa para regular cuestiones como nepotismo, tope salarial, concursos públicos, ingreso, promoción y destitución de jueces, elección para dirigir los tribunales, relación con los profesionales jurídicos, publicidad de los actos administrativos, etcétera.

Segundo, la competencia ejecutiva, siendo responsable del sistema nacional de estadísticas judiciales, implantación de autos virtuales e informatización de los tribunales, creación y administración de bancos de datos como el sistema nacional de control de interceptaciones de comunicaciones, catastro nacional de adopción de menores, catastro nacional de inspecciones judiciales en establecimientos penales, catastro nacional de improbidad administrativa, etcétera. Sin contar con la promoción de campañas públicas de movilización nacional, como la bien sucedida campaña por la práctica de la conciliación judicial en el mismo Poder Judicial, rompiendo el tradicional monopolio de la adjudicación.<sup>15</sup>

Tercero, la competencia judicial propiamente dicha, es decir: la de actuar como verdadero tribunal administrativo, capaz de juzgar disciplinariamente los aspectos administrativos de los actos de los jueces.

Lo que diferencia la política pública de administración de la justicia de otras políticas públicas, como las del Poder Ejecutivo, por ejemplo, es que uno de los más simbólicos y poderosos instrumentos de la triple competencia es, justamente, la decisión judicial administrativa, la jurisprudencia en el caso concreto, como se puede notar de estos primeros cuatro años de existencia del CNJ.

Ello porque, en rigor, la decisión judicial tiene siempre “doble cara”,<sup>16</sup> y eso ha sido tomado en cuenta por el CNJ. Ella decide no solo la litis administrativa en el caso concreto, interpartes, sino también determina los contornos de la institucionalización del Consejo mismo. O sea, toda decisión judicial mira simultáneamente el caso presente y el futuro, y por eso, en todo momento, incluso al decidir el más simple de los casos, un tribunal puede estar “en pleno —y público— proceso de remarcación de las fronteras de su poder”.<sup>17</sup>

En ese sentido, se puede decir que cada decisión en un proceso administrativo se transforma en una arena en la cual se dirimen no solo derechos y deberes de los magistrados y de terceros, sino también políticas de administración de la justicia. El elemento de conexión entre ambas caras de la decisión es su revestimiento como disputas doctrinarias de derecho administrativo. Doctrinas instrumentales que materializan, por un lado, una consecuencia más palpable, de corto plazo, verificable en la

<sup>15</sup> Es interesante notar que la encuesta de opinión realizada por la FGV Direito Rio y por el Ipespe, ya mencionada, demostró el crecimiento, entre los brasileños, de la práctica de la conciliación. Cuando se les preguntó qué actitud tomaban cuando sentían que sus derechos no habían sido respetados, la gran mayoría de los entrevistados (43%) afirmó buscar por su propia cuenta una solución amigable, con conciliación.

<sup>16</sup> La expresión fue usada en un artículo de Diego W. Arguelhes, en el que se analizan las decisiones del Supremo Tribunal Federal brasileño. Véase Diego W. Arguelhes: “A dupla face das decisões do STF”, en *Correio Braziliense*, 16 de abril de 2009.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

resolución de la litis individualizada, y, por otro, una menos explícita, de largo plazo, que pavimenta la institucionalización misma del Consejo.

Uno de los principales desafíos de la institucionalización resulta de la definición del lugar del CNJ dentro de la estructura de control disciplinario y administrativo del Poder Judicial. Aun restringido a materias de naturaleza administrativa, el CNJ se encuentra en situación de competición con los demás tribunales integrados solo por magistrados, una vez que cada tribunal posee su propia corregiduría. Competición verticalizada con los tribunales estatales locales, y competición horizontalizada con los tribunales especializados. Este es el “mercado relevante” del control disciplinario administrativo del Poder Judicial. Cada decisión de litis es una piedra demarcadora institucionalizadora de esta situación de competición.

El proceso de institucionalización implica definir las reglas de esta competición. En otras y jurídicas palabras: se trata de definir la propia competencia judicial del CNJ. Definir si tiene competencia originaria o recursal. O sea: si la parte tiene que, primero, litigar contra la administración judicial en el mismo tribunal estadual local, o se puede dirigir directamente al CNJ como tribunal nacional. O, además, si, en materia pertinente a la administración de la justicia laboral o de la justicia federal, el CNJ tendría que, antes de decidir, oír a los respectivos consejos de la justicia federal y al de la justicia laboral.

El CNJ es una institución nueva inoculada en un organismo tradicional. De ahí el frecuente resurgimiento de la original disputa entre el control interno y el control externo de la magistratura y sobre los caminos de la reforma del Judicial. Resurgen, asimismo, *a la limite*, las cuestiones de la autonomía administrativa y financiera de los tribunales y de la armonía o competición entre los poderes. En fin, los mismos límites de la independencia del juez y del Poder Judicial. En el delineado de este límite reside la forma como puede asumirse e innovarse institucionalmente la democracia brasileña.

### 3. La delimitación doctrinaria de la disputa política

La institucionalización del control tiene consecuencias decisivas para la eficiencia de la administración judicial. La cultura organizacional que aún prevalece en el Judicial casi siempre ha legalizado —es decir, ha atribuido rigidez legal a— los intereses corporativos, que pasan a ser entendidos como prerrogativas de la magistratura. No raramente el combate a estas prerrogativas asume la forma de una discusión doctrinaria sobre la autonomía de los tribunales y la independencia del Judicial. En el fondo, cambiar estas normas sería solo limitar y revertir la cultura jurídica corporativa.<sup>18</sup>

Permítansenos dos ejemplos de cómo la institucionalización del control de la administración judicial en la democracia se esconde y se revela al mismo tiempo en las

<sup>18</sup> Joaquim Falcão: “O futuro é plural: administração de justiça no Brasil”, en *Revista USP*, n.º 74 (“Pensando o futuro: Humanidades”), junio-agosto de 2007, pp. 22-35.

doctrinas corrientes de derecho administrativo. El primero es el caso de un tribunal estadual brasileño que decidió alterar su horario de funcionamiento alegando estar esa medida comprendida en su esfera de autonomía y discrecionalidad administrativa. El segundo dice respecto a un proceso —administrativo— disciplinario en el cual se analiza la posibilidad de la aplicación de un castigo a un juez en razón de una decisión dictada por él. El magistrado, a su vez, se defiende alegando que el CNJ, órgano de competencia administrativa, no podría controlar el ejercicio de su actividad jurisdiccional, pues en ella prevalecería el principio del libre convencimiento, controlable solamente por el tribunal superior, con base en el principio del doble grado de jurisdicción.

### 3.1. El control administrativo y la autonomía decisoria del tribunal

Tras un aviso previo de solo 30 días, un tribunal estadual alteró su horario de funcionamiento vigente hacía más de 50 años. Evidentemente, toda la *rationale* económica por detrás del ejercicio de la abogacía y del Ministerio Público en el tribunal fue directa y duramente afectada. La seccional local de la entidad de representación de clase de los abogados brasileños, la Orden de los Abogados del Brasil (OAB), solicitó la intervención del CNJ.

La cuestión doctrinaria se planteó de la siguiente manera: ¿cómo interpretar la autonomía administrativa del tribunal, garantizada en el artículo 96, I, *a*, de la CRFB/88? A su vez, esta autonomía se había ejercido basándose en el concepto de discrecionalidad administrativa y había permitido al tribunal la conveniencia y la oportunidad de cambiar su propio horario de funcionamiento. De ello se desprende: ¿cuál es la naturaleza de la discrecionalidad administrativa judicial en el Estado democrático de derecho? ¿Quién la puede ejercer y cuál es su límite?

¿Sería el ejercicio unilateral del margen decisorio del poder y del interés del tribunal parte de su competencia, o la discrecionalidad, hoy día, tendría que adecuarse a lo que Sérgio Guerra,<sup>19</sup> dentro de la línea de autores como Diogo de Figueiredo Moreira Neto y García de Enterría, denomina *reflexividad administrativa*? O sea, ¿sería posible defender que la elección del tribunal debería haberse hecho, no “basándose exclusivamente en su óptica, en aquello que reputa ser ‘conveniente’ y ‘oportuno’, de difícil —si no imposible— comprensión y sindicabilidad por terceros”, sino con miras a “encarar el caso concreto en forma sistemática y transparente, bajo una interpretación analítica y empírica”?<sup>20</sup>

En rigor, el punto de partida de la idea de reflexividad propuesta por Sérgio Guerra es la complejidad de la sociedad actual y los riesgos sistémicos de ello resultantes.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Véase Sérgio Guerra: *Discricionariedade e reflexividade: uma teoria sobre as escolhas administrativas*, Belo Horizonte: Fórum, 2008.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 264.

<sup>21</sup> Este concepto de reflexividad según Anthony Giddens “consiste en el hecho de que las prácticas sociales son constantemente examinadas y reformadas a la luz de información renovada sobre estas propias prácticas, alterando así constitutivamente su carácter” (Anthony Giddens: *As consequências da modernidade*, trad. de Raúl Fiker. San Pablo: Unesp, 5.<sup>a</sup> reimp., 1991).

Para que la sociedad tenga una seguridad jurídica mayor, para que las informaciones referentes a los intereses en conflicto producidas en la sociedad se puedan utilizar y para que haya una mayor participación de la población interesada en el proceso decisorio, la idea de flexibilidad administrativa concreta, en forma prospectiva, el fallo a dar caso a caso, buscando siempre mediar los intereses en conflicto y preservar los derechos de los involucrados.

Aplicando ese razonamiento al caso en cuestión, el tribunal sería el intérprete de una decisión comprometida con el cumplimiento de un sistema de intereses no solo estatales, sino también sociales, como los de los profesionales jurídicos, directamente afectados por el acto administrativo. En el fondo, se trataba de discutir si era necesaria o no la participación de los abogados y de otros profesionales jurídicos que tuvieron sus derechos, en principio, violados en la decisión de cambio de horario de funcionamiento del tribunal, y cuál debería ser la extensión de esta participación.

Por simple cálculo de probabilidad, si fuera el mismo tribunal local el que juzgara el pleito de la OAB, el concepto *unilateral estatal* de discrecionalidad tendería a prevalecer sobre el concepto de discrecionalidad *estatal-social multilateral*. Pero habiendo sido traído el caso al CNJ, un tribunal integrado por magistrados y no magistrados, el resultado podría ser otro.

La cuestión institucional en juego era clara: ¿hasta qué punto el CNJ, en su calidad de institución de control de los tribunales, podría interferir, aun en nombre de una gestión más eficiente, en las decisiones administrativas de los tribunales locales?

### 3.2. El control administrativo y el libre convencimiento del juez

Como hemos mencionado al principio, el compromiso institucionalizado por la EC 45/04 se despliega, recurrentemente, en nuevas disputas de carácter doctrinario entre los magistrados que pretenden defenderse de cualquier injerencia externa, y aquellos que entienden que para un Judicial ágil es necesario algún control externo, ya que no hay una elección como en el Ejecutivo y en el Legislativo.

Esa disputa doctrinaria no solo implica la definición del lugar de la competencia del CNJ en la estructura del Poder Judicial y la extensión de la discrecionalidad administrativa de los tribunales, como ejemplificamos, sino también los diferentes y antagónicos conceptos de *acto jurisdiccional* y *acto administrativo*. ¿Cómo distinguir, en la práctica, cuándo el acto practicado por un juez posee naturaleza administrativa —y, por lo tanto, da oportunidad a su responsabilidad administrativa e integra la esfera de competencia del CNJ— y cuándo posee naturaleza jurisdiccional —en cuyo caso su revisión es de competencia de los tribunales superiores?

En realidad, lo que ocurre es que, a veces, una misma conducta (el mismo acto) puede configurar la hipótesis de incidencia de diferentes normas jurídicas, que prevean diferentes consecuencias jurídicas (administrativas, penales, civiles, etcétera) como sanción. En ese sentido, un mismo acto puede producir efectos jurídicos tanto en el ámbito jurisdiccional como en el ámbito administrativo.

La diferencia entre acto administrativo y acto jurisdiccional no resulta, por lo tanto, de la esencia del acto, sino del enfoque según el cual decidimos analizar ese acto. Son solo diferentes perspectivas para observar el mismo objeto.

En el caso que exponemos a continuación, la dificultad fue distinguir estas dos perspectivas dado el mismo objeto: una decisión jurisdiccional de un juez local. Se trataba de una decisión del juez que determinaba que una empresa estatal federal brasileña pagara, en forma instantánea e irreversible, más de R\$ 63 millones —aproximadamente USD 25 millones— que serían depositados en la cuenta corriente del actor de la acción o en cualquier otra cuenta bancaria indicada por este, basándose en títulos emitidos por la empresa aproximadamente 30 años antes.

Más tarde, una investigación del Ministerio Público Federal y de la Policía Federal constató la existencia de una banda especializada en fraguar títulos públicos federales con el objetivo de defalcarse los cofres públicos, especialmente de la empresa estatal federal en cuestión. Entre los integrantes de esa banda estaban el actor del proceso y su abogado, que fueron arrestados poco después de la decisión del juez, al intentar movilizar los R\$ 63 millones. El juez no fue incriminado.

De hecho, el fallo del juez tenía características inusitadas: a) la competencia jurisdiccional para analizar el caso era, según una posición ampliamente dominante en la jurisprudencia relativa a casos semejantes al caso en cuestión, de la justicia federal y no de la justicia estadual; b) el pago no fue ordenado por medio del instrumento procesal regular, que, en el caso, era el exhorto (*carta precatória*); c) el fallo se emitió en una ciudad de 14 mil habitantes, en donde no residían ni trabajaban las partes; d) al revés que lo usual, el fallo fue proferido en aproximadamente 72 horas, en vísperas del feriado de Navidad; e) la garantía exigida por ley para concesión de esta orden de pago y que el beneficiario tendría que presentar previamente, en el caso un bien inmueble, era de legalidad dudosa, sin liquidez financiera y situada en otro estado de la federación.

El tribunal local en el ámbito jurisdiccional logró revertir parte de los valores retirados. Ya en el ámbito administrativo entendió que el juez había cometido un error en el procedimiento y que, por lo tanto, su conducta incurría en la figura del “procedimiento incorrecto”, pasible de la pena de censura, según los términos del artículo 44 de la Ley Orgánica de la Magistratura Nacional (ley complementaria 35/1979 - Loman).<sup>22</sup>

Inconforme con una pena administrativa tan tenue —la pena de censura— ante tantos indicios de fraude, otro magistrado local acudió al CNJ a pedir que la pena fuese revista, atribuyendo a la conducta del juez un nuevo encuadre disciplinario, pasible de una pena más rigurosa.

En su defensa, el juez alegaba que el órgano competente para analizar la existencia de error en su decisión y, eventualmente, reformarla sería el Tribunal de Justicia del estado, una vez que él estaba en pleno ejercicio de su función jurisdiccional. Aun según su razonamiento, en caso de que el CNJ analizara si el derecho había sido

<sup>22</sup> Loman, artículo 44: “La pena de censura será aplicada reservadamente, por escrito, en el caso de reiterada negligencia e el cumplimiento de los deberes del cargo, o en el de procedimiento incorrecto, si la infracción no justificare una penalización más grave”.

correctamente aplicado en el fallo dictado por él, estaría sobrepasando su esfera de competencia administrativa e invadiendo la esfera de la competencia jurisdiccional, en la cual debe prevalecer el principio del libre convencimiento del juez.

Planteada la cuestión en esos términos, queda claro que la decisión que debía tomar el CNJ sobrepasaba el plano superficial —y más aparente— de la solución específica del caso concreto, es decir, de saber cuál penalización administrativa debería aplicarse al juez. El problema fundamental subyacente a este caso decía respecto a saber si y en qué medida los actos de los magistrados en el ejercicio de su función jurisdiccional podrían dar causalidad a su responsabilidad administrativa. O, dicho de otro modo: se trataba de (re)definir las fronteras del poder de control del CNJ sobre los magistrados, o, asimismo, los contornos políticos del CNJ.

Una vez más se planeaba una disputa aparentemente doctrinaria entre, por un lado, la independencia de los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional y, por el otro, el control administrativo del Poder Judicial. En este caso, el control administrativo se justificaba, no en nombre de la mayor eficiencia de la administración judicial, sino según el artículo 37 de la Constitución que rige la administración pública, en nombre de la moralidad del acto administrativo.

El principio del libre convencimiento del juez constituye uno de los elementos básicos de la independencia del Poder Judicial. Pero ¿hasta qué punto el principio del libre convencimiento legitima decisiones de magistrados que contraríen principios administrativos fundamentales a los cuales están sujetos —como, por ejemplo, dignidad, exactitud, independencia ante las partes, moralidad, impersonalidad y eficiencia—?

No cuesta nada recordar que, en su origen, el principio del libre convencimiento tenía en sí un sentido defensivo, orientado hacia la regulación del procedimiento de apreciación de las pruebas de un caso. En esa acepción, el principio del libre convencimiento no significa nada más que la garantía del juzgador de no tener que seguir una determinación previa sobre qué tipos de prueba deberían tener más peso en la formación de su convicción acerca de la mejor decisión a tomar en el caso concreto. Se trata tan solo de impedir una enyesadura previa de la actividad decisoria de los jueces.

En ese sentido, la garantía establecida por el principio del libre convencimiento en nada se confunde con la idea comúnmente difundida —sobre todo por los propios magistrados defensores del principio de la independencia del Judicial como un principio absoluto— de la entrega por parte de la sociedad de un cheque en blanco a ser llenado por los jueces basándose en subjetivismos de toda especie. De esa garantía tampoco resulta la prerrogativa de inmunización administrativa en cuanto a errores en el proceso decisorio.

El punto que queremos destacar es que el libre convencimiento de los magistrados está necesariamente sujeto a un doble control, que abarca tanto la perspectiva jurisdiccional como la administrativa.

Desde la perspectiva jurisdiccional, el libre convencimiento es controlado por el doble grado de jurisdicción, que genera la posibilidad de la revisión de la decisión por medio de un recurso. En el caso, entonces, el control jurisdiccional del libre convencimiento tendría que ser provocado a partir de un recurso —el *agravo de*

*instrumento*— ante el fallo favorable que determinó el pago de los R\$ 63 millones a los actores de la acción, y debería ser ejercido por el tribunal estadual. La actividad de control jurisdiccional consistiría en verificar si, basándose en las circunstancias fácticas del caso, es posible afirmar que los presupuestos del fallo se encontraban presentes y, por lo tanto, que este fue correcto.

Ya desde la perspectiva administrativa, el libre convencimiento puede ser controlado basándose en las normas sobre procedimientos administrativos, que constituyen una “infraestructura legal” del debido proceso legal administrativo y sin las cuales el libre convencimiento no existe. Los estándares que informan el control administrativo del libre convencimiento del juzgador están expresos en el ordenamiento jurídico brasileño, en la CRFB/88 y en la Loman. O sea: la actividad de control administrativo consiste en analizar si la conducta adoptada por el juzgador en la formación de su decisión respeta los principios de la impersonalidad, moralidad, publicidad, eficiencia (artículo 37 de la CRFB/88) y los deberes de independencia, serenidad y exactitud (artículo 35 de la Loman).

El fallo del CNJ fue en el sentido de que, independientemente del control jurisdiccional, en cuanto control de aplicar el derecho, un control procesal y de mérito que debería ser efectuado y lo fue por los tribunales estadual y superiores, cabía también el ejercicio del control administrativo en el caso, en la medida en que en este no solo no existía el libre convencimiento que fundamenta la imparcialidad necesaria al Estado democrático de derecho, una vez que el juez estaba previamente comprometido con una determinada subjetividad, sino que también había faltado a los principios administrativos de la dignidad, serenidad y exactitud. O sea: el libre convencimiento no es un muro intransponible cementado por una doctrina vetusta del derecho administrativo.

En el fondo, este se transformó en un *leading case* en el cual el CNJ establece que existen principios y límites administrativos que se exigen para el ejercicio del libre convencimiento jurisdiccional, sin lo cual, al decir del escritor, el libre convencimiento sería solo el manto diáfano de la fantasía, en el caso, de la corrupción. El caso ahora se encuentra bajo la apreciación del STF.

## 4. Conclusión

En ambos casos mencionados, el fallo del CNJ fue sometido al STF. Si se confirman los fallos del CNJ, el proceso de institucionalización del compromiso entre el control externo y el control interno avanzará.

El proceso de institucionalización de un nuevo órgano de control administrativo del Poder Judicial se despliega en etapas que, siendo inicialmente sucesivas, se tornan enseguida concomitantes, no obstante.

Primero, una reivindicación sociopolítica necesaria para la democracia y la estabilidad económica, que se transforma en disputa política entre los tres poderes de la República en el momento de la institucionalización legal —control externo o control

interno— y que enseguida, debido a la estrategia de *institutional building* del doble mensaje, se traduce en la permanente disputa doctrinaria que definirá y redefinirá caso a caso y en cada momento el control real y cambiante de la institucionalización.

En verdad, se trata de un proceso de *institutional building* en el cual las tensiones inherentes a las relaciones entre Estado y sociedad, y armonía o competición entre los poderes, están siempre latentes, y los acuerdos alcanzados son siempre provisorios. Sin entender estas tensiones, es difícil que pavimentemos el camino de la innovación institucional.

Como afirma Mangabeira Unger, los procesos de institucionalización tienen que instaurar una dinámica de permanente institucionalización y cambio al mismo tiempo, en la cual la base de cualquier institucionalización es institucionalizar esta dinámica aparentemente contradictoria —permanecer y cambiar—. Consejo, a todo esto, dado por Lafayette a Jefferson sobre la Constitución norteamericana: sin el apoyo político-social, tendría dificultades de efectividad operativa.

## Bibliografía

- ARGUELHES, Diego W.: “A Dupla Face das decisões do STF”, en *Correio Braziliense*, 16 de abril de 2009.
- ARIDA, P., E. BACHA y A. LARA-RESENDE: “Credit Interest and Jurisdictional Uncertainty: Conjectures on the Case of Brazil”, en GIAVAZZI, GOLDFAJN y HERRERA (orgs.): *Inflation Targeting, Debt and the Brazilian Experience: 1999 to 2003*, Cambridge (MA): MIT Press, 2005.
- BANCO MUNDIAL: *Doing Business 2009*, en <http://portugues.doingbusiness.org/ExploreEconomies/default.aspx?economyid=28> (16.4.2009)
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: *Justiça em Números 2007*, vol. II, disponible en [http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/relatorios/justica\\_em\\_numeros\\_volume\\_2.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/relatorios/justica_em_numeros_volume_2.pdf) (16.4.2009).
- FALCÃO, Joaquim: “O brasileiro e o judicial”, en *Conjuntura Econômica*, vol. 63, n.º 4, abril de 2009.
- “O futuro é plural: administração de justiça no Brasil”, en *Revista USP*, n.º 74 (“Pensando o futuro: Humanidades”, junio-agosto de 2007, pp. 22-35).
- “Transgressões Coletivizadas e Justiça por Amostragem”, en Fernando Henrique CARDOSO y Marcílio Marques MOREIRA: *Cultura das transgressões no Brasil: Lições da História*, San Pablo: Saraiva, 2.ª ed., 2008.
- FALCÃO, Joaquim, Luis F. SCHUARTZ y Diego ARGUELHES: “Jurisdição, incerteza e Estado de Direito”, en *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, n.º 243, setiembre-diciembre de 2006. San Pablo: Atlas, 2006
- GIDDENS, Anthony: *As conseqüências da modernidade*, trad. Raúl Fiker, San Pablo: Unesp, 5.ª reimp., 1991.
- GUERRA, Sérgio: *Discrecionariade e reflexividade: uma teoria sobre as escolhas administrativas*, Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- PINHEIRO, Armando Castelar: “Judicial, reforma e economia: A Visão dos magistrados”, artículo preparado como parte del proyecto de investigación *Addressing Judicial Reform in Brazil: Institutions and Constituency Building*, realizado por el Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo (IDESP), disponible en <http://epge.fgv.br/pt/files/1462.pdf> (16.4.2009).
- SUNSTEIN, Cass R.: “Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law”, 74 *Social Research* 1 (2007). Traducido al portugués por Diego W. Arguelhes y Pedro J. Cantisano con el título “Acordos constitucionais sem teorias constitucionais”, en *Revista de Direito Administrativo*, n.º 246, setiembre-diciembre de 2007.
- TOCQUEVILLE, Alexis de: *A Democracia na América*, 1835.