

## PROBLEMAS VIGENTES Y DESAFÍOS POLÍTICOS PARA UNA REFORMA DE LA JUDICATURA EN SOCIEDADES LATINOAMERICANAS. UNA APROXIMACIÓN DESDE LA CIENCIA POLÍTICA

Gabriel Graciosi\*

*Introducción. 1 La impronta ideológica: 1.1 Función jurisdiccional y la pretensión de apoliticidad; 1.2 Los riesgos de la “doctrina de la seguridad ciudadana”; 1.3 Los riesgos de las reformas prêt à porter. 2 Diagnóstico y desafíos políticos: 2.1 Sobre el factor institucional de la Sociedad Civil latinoamericana; 2.2 Los requisitos estratégicos de la reforma en entornos informales; 2.3 Agendas y actores. 3 Bibliografía.*

*“No hay dogmática sin historia, o no debería haberla, porque los conceptos y las instituciones no nacen de un vacío puro e intemporal, sino en un lugar y fecha conocidos y a consecuencia de procesos históricos de los que arrastran una carga quizá invisible pero condicionante”.*

F. Tomás y Valiente

### Introducción

La imagen crítica de la justicia, y consecuentemente del sistema judicial, se ha convertido en núcleo generador de debate trascendiendo afortunadamente la tendencia a encerrarla en los aspectos normativos y procesales para involucrar un marco más amplio y complejo en el que se insertan sus problemas<sup>1</sup>, por lo que resulta necesario recurrir a otras variables explicativas para permitir su comprensión.

El objetivo general de este trabajo es acercar argumentos que permitan analizar con herramientas del enfoque politológico determinados presupuestos sociopolíticos de la Reforma Judicial, habida cuenta de los rasgos comunes en términos de calidad institucional y déficit democrático que ostentan los países del subcontinente. Para ello se ha recurrido a una serie de puntos centrales del área problemática entendiendo que sólo se puede interpelar la lógica política de una Reforma Judicial en el marco de relaciones más amplio definido por la propia complejidad del problema-objeto de estudio; lo que obliga a considerar distintos elementos susceptibles de análisis.

---

\* Alumno del Diplomado Internacional “Estado de Derecho y reformas a la Justicia” realizado en la Facultad de Derecho de la U. de Chile entre los meses de Abril y Octubre de 2004, aprobado con distinción máxima y con la publicación de su trabajo que recibió una mención especial de la Comisión Organizadora del Diplomado.

<sup>1</sup> La línea de trabajo se justifica precisamente por considerar que el tema de la crisis de la justicia posee un *locus* específico en el proceso de consolidación de las democracias o poliarquías que vive la región y consecuentemente en las nuevas demandas hacia ese elemento básico de la organización del Estado.

Esta aproximación analítica al problema parte de una propuesta tentativa de hipótesis según la cual existen determinadas y persistentes condiciones que dificultan la implantación efectiva de un Estado de Derecho en los países de América Latina. Los presupuestos políticos de la reforma judicial hacen que ésta trascienda el contexto de lo exclusivamente normativo o de las instituciones formales para reclamar un campo de actuación más amplio; más propio de las transformaciones en torno al concepto mismo de la esfera de lo público. La Reforma Judicial como reforma política habrá de insertarse en una lógica incremental más ambiciosa y profunda porque se desarrolla en el mismo proceso siempre incipiente de consecución de las democracias latinoamericanas.

De lo expuesto se desprende que el escrito discurrirá acerca de problemas específicos del sistema jurisdiccional en términos no jurídicos, con el auxilio de la Ciencia Política, la Sociología y la Antropología Política para traer a consideración eventuales espacios de intervención frente a los que el investigador jurídico se encuentra prácticamente con las manos vacías cuando el instrumental de que dispone son los métodos, planteamientos y criterios de decisión del tradicional análisis jurídico formal<sup>2</sup>.

Por otra parte, las circunstancias planteadas refieren a ciertas particularidades de la Judicatura que requieren ser abordadas en ese contexto global en el que habrán de ser utilizadas categorías provenientes de otros dominios de conocimiento con el propósito secundario y subyacente de enfatizar la pertinencia del enfoque interdisciplinario en este tipo de intervenciones sobre un mismo fenómeno social, alentando la superación de esa naturaleza gremial que todavía domina al mundo académico jurídico.

Huelga decir que por tratarse de una monografía, este intento tiene un carácter exploratorio que de ningún modo se pretende exhaustivo o definitivo y que se beneficia - y probablemente abusa- de numerosos aportes de politólogos que han consolidado hace mucho tiempo la plataforma que aquí se explota, para establecer un esfuerzo por conectar y profundizar el nexo entre disciplinas cuyo desarrollo teórico y práctico genera un alto valor agregado en la conformación de estrategias para la gobernabilidad futura de las sociedades de nuestra región.

## 1. La impronta ideológica.

Para Norberto Bobbio, poder y derecho son las dos nociones fundamentales de la Filosofía Política y de la Filosofía Jurídica, respectivamente. Los escritores políticos tienden a considerar como principal la noción del poder, mientras que los juristas tienden a considerar primordial la noción de derecho. Sin embargo, dice Bobbio, una noción reclama continuamente a la otra: “son, por decirlo así, dos caras de la misma moneda”<sup>3</sup>. Este contraste depende del distinto punto de vista desde el que politólogos y juristas observan el mismo fenómeno y del interés de investigación que los mueve: para el filósofo de la política el problema principal es el de la distinción entre poder de hecho y poder de derecho; para el filósofo del derecho en cambio, el problema principal es el de la

---

<sup>2</sup> Cfr. BIELSA, Rafael A.: “Una aproximación desde la ciencia del derecho y la economía a la justicia y al servicio jurisdiccional”; *Revista Aportes para el Estado y la Administración Gubernamental*; Asociación de Administradores Gubernamentales; núm. 7; Buenos Aires, 1996.

<sup>3</sup> Bobbio, Norberto; “El poder y el derecho”; en Bobbio/Bovero: *Origen y fundamentos del poder político*; Editorial Enlace Grijalbo; México; 1985, págs. 21 y ss.

distinción entre norma válida y norma eficaz. Lo que significa que se parte de la consideración de un poder sin derecho para llegar, sólo en un segundo momento, a considerar la cuestión del poder efectivo. Es cierto que un poder sin derecho es ciego y el derecho sin poder queda vacío, pero no es menos cierto que la Teoría Política no puede dejar de considerar primeramente el nulo poder, independientemente de los llamados principios de legitimidad, es decir, de las razones que transforman el poder en legítimo, así como la Teoría Jurídica no puede dejar de considerar el sistema normativo en su conjunto, como una serie de normas una a otra vinculadas según un cierto principio de orden, independientemente del aparato de la fuerza predispuesto para su actuación<sup>4</sup>.

Para presentarlo en clave de Bobbio, digamos entonces que, por el mismo acto de transición de un orden a otro -de la familia a la ciudad en Aristóteles o del estado de naturaleza a la sociedad civil en Hobbes- el derecho no es neutral. Toda distribución autoritativa de recursos y/o valores, en tanto se encuentre institucionalizada formal o informalmente, constituye un fenómeno político. Veremos que hasta en las antípodas del marxismo puede aseverarse idéntica formulación; porque sencillamente no existe la neutralidad ideológica; “salvo en la forma de apatía, irracionalismo o decadencia del pensamiento, que no son virtudes dignas de nadie y menos de un juez (...) Los jueces son parte del sistema de autoridad dentro del Estado y, como tales, no pueden evitar ser parte del proceso de decisión política”<sup>5</sup>. Lo que importa entonces es saber sobre qué bases se toman esas decisiones políticas: si sobre las bases formales de una democracia institucionalizada o sobre las bases definidas por los subproductos informales del decisionismo autoritario (p.e. particularismo, clientelismo, etc.). No cabe la menor duda que, sobre una u otra base, la función judicial implica un ejercicio de poder y, por ende, no puede menos que ser político; porque “lo cierto es que los hombres tienen ideologías (...) y aunque sea privadamente, ésta se expresa tanto por su actividad extrajudicial como por las ideas que plasman en sus sentencias”<sup>6</sup>. Si sostuviéramos lo contrario estaríamos considerando al juez como un mero ejecutor y a las normas jurídicas como independientes de la interpretación que aquél haga de ellas. Si bien las estructuras verticalizadas de organización judicial han propiciado intencionalmente la pretensión de “esterilización política” de la magistratura; los mismos fenómenos al interior de su burocracia y los procedimientos propios de selección jerárquica confirman que esa pretensión “no se corresponde con la evolución contemporánea entre justicia y política”<sup>7</sup>.

### 1.1. Función jurisdiccional y la pretensión de apoliticidad

“No es que la dinámica política se dé en otra parte de la realidad política distinta del orden o la organización. No hay, en suma, en el estado o en la realidad política un ámbito inerte y otro dinámico (...) la realidad política en su totalidad es dinámica”. Con estas palabras se refería un liberal católico como Germán J. Bidart Campos a la vida

<sup>4</sup> Cfr. Bobbio, Norberto; *El Poder y el Derecho*; en “Origen y Fundamentos del Poder Político”; Norberto Bobbio y Michelangelo Bovero; Editorial Enlace Grijalbo; México; 1985, pág. 22

<sup>5</sup> Zaffaroni, Eugenio R.; *Estructuras Judiciales*; Edial; Buenos Aires, 1994; pág. 107.

<sup>6</sup> Zaffaroni, Eugenio R.; op.cit.; pág. 118.

<sup>7</sup> Horvitz Lennon, María I.; *Introducción al Módulo II*, Diplomado Internacional Estado de Derecho y Reformas a la Justicia; Universidad de Chile – Universidad de Heidelberg; Santiago de Chile, mayo-noviembre de 2004, pág. 13.

política<sup>8</sup>. Y en especial sobre la dimensión política de la función judicial, Bidart Campos opinaba que “toda función de administrar justicia es política, esencialmente política, porque es función del poder estatal, que es poder político. No se debe temer la afirmación que rescata la politicidad esencial de la función judicial (...) El tribunal es poder, tiene poder, ejerce poder, comparte poder, gobierna, cogobierna. No es esto una absorción de los otros poderes por el Poder Judicial; no es esto un descarrilamiento del Poder Judicial ni una quiebra de la tripartición divisoria. Es el meollo esencial de la función de administrar justicia o, si se prefiere, de la justicialidad de todas las cuestiones en las que la Constitución da por habilitada la competencia de la Corte”<sup>9</sup>.

Carlos María Cárcova acude a la opinión de Bidart Campos para concluir que cuando se reconoce la dimensión política de la función judicial se hace mención a una actividad que tiene como finalidad alcanzar la realización del entramado de principios, valores, instituciones y comportamientos sociales que están definiendo y constituyendo un cierto orden. En ese sentido, para Cárcova “la función judicial es la función propia de un poder de Estado, esto es, una función política por antonomasia. Una función que tiene a su cargo -como la ejecutiva y la legislativa- la realización de los principios fundamentales (...) del sistema republicano y democrático (...). La circunstancia de que ésta sea una tarea especializada, estilizada, basada en un complejo conjunto de conocimientos, de técnicas y de procedimientos que son parte de una muy larga tradición cultural, no le resta carácter político”<sup>10</sup>.

Estamos frente al bloque marmóreo del concepto mismo de lo público; un concepto que tiene una de sus expresiones más radicales en el nivel de la reflexión democrática y que irremediamente nos termina por conducir al terreno de la cultura política, de las bases fundamentales de nuestras prácticas políticas históricas, de la constitución del sujeto social democrático; que siempre es el ciudadano autónomo, habilitado para participar en la esfera pública de una democracia deliberativa. Como nos apunta acertadamente Godoy Arcaya, el tiempo propio de ese movimiento es el tiempo de la larga duración.<sup>11</sup> Y en definitiva, son esas prácticas institucionales, formalizadas o no, que surgen de ese lento y errático proceso de construcción de las sociedades civiles latinoamericanas, las que definen el perfil actual de nuestras instituciones.

Pero el discurso político, en tanto herramienta de consolidación del poder, ha fundido en ese mármol de lo público todas esas causas que hunden sus raíces en la larga duración para mostrar un paradigma único y neutralizante; dispositivo homogeneizador social de un proyecto determinado. Así, ese discurso político asume la forma de un paradigma jurídico de orientación formalista e instrumental, que sólo muestra las dimensiones tecnológicas del derecho y escamotea esas otras dimensiones en las que el

---

<sup>8</sup> Bidart Campos, Germán: *La Corte Suprema*; Edición Allende y Brea; Buenos Aires; 1982; págs. 15, citado por Cárcova, Carlos María, en *La Dimensión Política de la Función Judicial*; Buenos Aires, 1994; publicado en sitio electrónico del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales INECIP. También, Melo, Artemio L.: “La Realidad Política”, en *Compendio de Ciencia Política*; vol. I (Teoría Política), Ediciones Depalma; Buenos Aires, 1983.

<sup>9</sup> Bidart Campos, Germán citado en Cárcova, Carlos María; op.cit., pág.8, versión electrónica en [www.inecip.org](http://www.inecip.org).

<sup>10</sup> Cárcova, Carlos María; *La Dimensión Política de la Función Judicial*; págs.7 y ss.

<sup>11</sup> Godoy Arcaya, Oscar; “La transición chilena a la democracia pactada”, en *Estudios Públicos* N°74; Santiago de Chile, 1999. pág. 82 y ss.

discurso se despliega en su función de legitimación y organización del poder, es decir, en su función política<sup>12</sup>.

También Zaffaroni acude a la historia “para que sea ella la que exprese claramente que la cuestión judicial es, ante todo, una cuestión política”<sup>13</sup>. Para este autor, si se prescinde del marco de poder en que se inserta la “cuestión judicial”, tal encubrimiento revela un posicionamiento político concreto: “Esta pretensión de *poder separado* total, que llega a concebirse como separación del sistema político mismo, conduce a la paradoja aberrante cuando el judicial se siente tan extraño a los otros poderes *-poderes políticos-* que incluso reconoce a los usurpadores, porque le ofrecen garantías de *independencia*”<sup>14</sup>.

Una vez asumido -en la sección 1 “La Impronta Ideológica”- que, tanto formal como informalmente, el fenómeno judicial implica un ejercicio político, resolvamos primero desde la teoría política la caracterización de la función jurisdiccional para consolidar los argumentos que desestimarán por completo la autocomplacencia administrativista de aquellos jueces latinoamericanos que siguen pretendiéndose como burócratas políticos lejanos a todo ejercicio jurisdiccional. Aceptemos, a favor de esos jueces que, si bien desde un punto de vista material, por su contenido específico, la función jurisdiccional es de naturaleza ejecutivo-administrativa<sup>15</sup>, su caracterización, sin embargo, requiere considerar su aspecto formal en el sentido orgánico de las condiciones en las cuales ejerce. En efecto, en el Estado de Derecho, una de las condiciones de su realización es la independencia del Poder Judicial. Por lo demás, en las formas políticas primitivas, la función judicial precedió al ordenamiento legislativo, aunque fue absorbida por la función ejecutiva del soberano<sup>16</sup>. Y en cuanto a su contenido, la función jurisdiccional consiste en pronunciar el derecho en los casos concretos y litigiosos, conforme al orden jurídico existente. Ahora bien, la Teoría del Estado de Carré de Malberg ya disponía de aquellos supuestos, de los que hoy aún se reniega, al considerar que la misión judicial de pronunciar el derecho no se reduce a reconocer y declarar el derecho expresado en las disposiciones legales, sino que implica, además, cubrir los vacíos de la legislación por la creación del derecho judicial y nuevo, ya que la jurisprudencia es, también, fuente de derecho. En ese sentido, cabe expresar que se trata de “un poder de decisión inicial” semejante al legislativo, pero limitado al caso concreto.<sup>17</sup>

En cuanto al aspecto político de la función judicial, la Teoría Política indica que el poder jurisdiccional integra la balanza o equilibrio de poderes desde el momento en que ejerce la facultad de control de la Constitución y de la administración.<sup>18</sup> En la realización de esta función el Poder Judicial administra justicia, sea aplicando el derecho vigente, sea llenando las lagunas del ordenamiento jurídico al crear el derecho judicial y nuevo

<sup>12</sup> Cfr. Cárcova, Carlos María; *La Dimensión Política de la Función Judicial*; cit., pág.7.

<sup>13</sup> Zaffaroni, Eugenio R.; *Estructuras Judiciales*; Edial; Buenos Aires, 1994; pág.91; y en la misma tendencia: “La independencia del Poder Judicial en su marco histórico”, en Zaffaroni et al; *El sistema penal argentino*; Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992; passim.

<sup>14</sup> Zaffaroni, Eugenio R.; *Estructuras Judiciales*; Edial; Buenos Aires, 1994; pág. 107.

<sup>15</sup> Cfr. Carré de Malberg, R.; *Teoría General del Estado*, citado por Melo, Artemio L.: “El Gobierno”, en *Compendio de Ciencia Política*, volumen II (Institucionalización y Dinámicas Políticas); Ediciones Depalma; Buenos Aires, 1983. págs. 205 y ss.

<sup>16</sup> Cfr. Melo, Artemio L.: “El Gobierno”, cit., pág. 206

<sup>17</sup> Cfr. Carré de Malberg, R.; *Teoría General del Estado*, citado por Melo, Artemio, cit., págs. 206 y ss.

<sup>18</sup> Cfr. Von der Gablentz, Otto Heinrich; *Introducción a la Ciencia Política*; citado por Melo, Artemio: cit., págs. 207 y ss.

aplicable al caso concreto, sea renovando el derecho inmovilizado e impidiendo el surgimiento del derecho injusto. En el cumplimiento de esta delicada misión se observa el rasgo político de la función judicial, que no puede reducirse a una mera operación técnica de hermenéutica jurídica, vacía e inerte, sino que ha de integrarse a la dinámica del sistema político en el Estado de Derecho.<sup>19</sup> Pero ello, como todo fenómeno político, tiene sus riesgos que pueden hacer oscilar la justicia, desde una tendencia marcadamente conservadora hasta otra tendencia en el extremo opuesto. Las características espasmódicas de nuestras sociedades, en tanto regímenes políticos, plantean el desafío de sustraerse a la realización o mantenimiento de una justicia clasista -cuando no racista- aún inconscientemente ideológica, sin caer en la tentación periódica de las deformaciones populistas.

En tanto para Alessandro Baratta “La tesis del derecho de los juristas como fuente de producción originaria del derecho, junto a la ley, y *más allá de sus orígenes histórico-políticos concretos*, no es en sí ni progresista ni conservadora. Sólo la política concreta, el origen social y el comportamiento de las elites políticas y jurídicas permiten determinar si la dinámica histórica de las necesidades generales de una sociedad encuentra una expresión más adecuada en el legislador que en los jueces.”<sup>20</sup>

La primacía de lo político, en el sentido que le otorgan todos estos autores, constituye el nudo teórico fundamental para explicar la compleja configuración de las distintas manifestaciones del poder en los procesos histórico-sociales. Incluyendo como uno de sus componentes a las formas de la política ligadas con los fenómenos más acotados de la organización institucional y, muy especialmente, al fenómeno de la producción del derecho en términos de necesidad política. En efecto, la fluidez y complejidad que caracteriza a lo político tienden a desdibujarse en etapas de relativo equilibrio, donde un determinado proyecto ha logrado imponer su inercia y el componente jurídico parece alcanzar una marcada preeminencia susceptible de enmascarar las transformaciones políticas, sociales y económicas que se van procesando en su interior hasta que una nueva necesidad exija reformular nuevamente todo este complejo. Entonces, así como Baratta analiza las circunstancias (como necesidades históricas concretas) del Reich alemán que provocaron la reacción conservadora del “derecho libre” limitante de la legalidad formal surgida de un legislativo al que consideraban riesgoso, para explicar el surgimiento de nuevas corrientes en el pensamiento jurídico<sup>21</sup>; de la misma manera Zaffaroni reflexiona que “mientras Roxin fue el penalista de Willy Brandt, de la socialdemocracia germana y del pleno empleo, Jakobs lo es de Helmut Kohl, de la globalización y del neoconservadurismo europeo continental”.<sup>22</sup>

Aunque tengamos pautas históricas de comportamiento institucional (formales e informales) autoritarias y retardatarias del desafío democratizador, que nunca han sido objeto de intervención por parte del Derecho o de la Política; hoy nuevamente, nos

---

<sup>19</sup> Cfr. Merkl, Peter H.; *Teorías Políticas comparadas*; citado por Melo, Artemio: cit., págs. 209 y ss.

<sup>20</sup> Baratta, Alessandro; “Estado de Derecho, Derechos Fundamentales y “Derecho Judicial”; material bibliográfico proporcionado en el Módulo II del Diplomado Internacional “Estado de Derecho y Reformas a la Justicia”; Universidad de Chile – Universidad de Heidelberg; Santiago de Chile, mayo-noviembre de 2004, p. 132 (el subrayado es nuestro).

<sup>21</sup> Cfr. Baratta, Alessandro; op.cit. págs. 130 y ss.

<sup>22</sup> Zaffaroni, Eugenio Raul: “Segundas Jornadas de Derecho Penal y Procesal Penal”, Córdoba, 4 de abril de 2002 (disponible en el sitio electrónico del Doctor Carlos Parma. [www.carlosparma.com](http://www.carlosparma.com))

encontramos frente a otra de esas manifestaciones de la urgencia de las circunstancias pretendidas históricas<sup>23</sup>. Una “necesidad” que pretende imponer construcciones institucionales alejadas no sólo del contexto social latinoamericano, sino también de los requisitos básicos del Estado de Derecho. Y entre los numerosos riesgos que corren nuestras sociedades, nos referiremos a dos claros ejemplos de la ausencia absoluta de neutralidad política en la formación de estrategias jurídicas: la llamada doctrina de la seguridad ciudadana y el recetario de reformas descontextualizadas.

## 1.2 Los riesgos de la “doctrina de la seguridad ciudadana”.

Corresponde hacer una reflexión sobre las influencias, en la discusión social sobre la reforma, que posee la “doctrina de la seguridad”: el discurso mediatizado acerca de que el aumento del delito y de la inseguridad ciudadana es responsabilidad de códigos penales benignos y de sistemas procesales llenos de garantías “para los delincuentes”. Con ligereza, pero muchas más veces con mala fe, se instala en la sociedad la idea de que, para bajar los índices de delito, deben sancionarse leyes penales más rigurosas y códigos procesales menos garantistas.

Se trata nada menos que de consolidar un Estado en buena medida ya escindido, casi esquizofrénico; para los afortunados ciudadanos consumidores: un Estado de Derecho, para los pobres y los excluidos: un Estado policial. Efectivamente, tenemos una disyunción que, aunque resulte extraña, hace a la esencia misma de nuestras poliarquías: las libertades *democráticas*, propiamente políticas, son relativamente efectivas (p.e. votación sin coerciones, libertad de prensa, de movimiento, de asociación, etc.), pero para grandes segmentos de la población, las libertades *liberales* básicas, son negadas o violadas recurrentemente (p.e. los derechos de mujeres golpeadas a demandar a sus maridos, de campesinos de lograr un juicio imparcial frente a sus patrones, la inviolabilidad del domicilio en los barrios pobres y, en general, el derecho de los pobres y diversas minorías de ser adecuadamente tratados por las agencias estatales -sobre todo la policía- y los tribunales de justicia, son con frecuencia negados). Es decir, que sobre un escenario ya debilitado, desconocedor de los derechos humanos, pretende instalarse ahora este poco sutil *revival* de la doctrina de seguridad nacional que ya tiene sobrada experiencia en negar a los latinoamericanos la plena ciudadanía civil y política disfrazando, en términos liberales, las prácticas punitivas de los regímenes totalitarios.

Guzmán Dalbora afirma que “la doctrina de la seguridad *ciudadana* representa precisamente la continuación de las prácticas penales de la doctrina de la seguridad *nacional*. Son numerosos y significativos los puntos de contacto entre madre y heredera, según un común principio autoritario. La imagen de la guerra total, permanente y sin reglas contra la insurrección política, enemiga de la nación, cede paso a la del combate también sin pausas ni consideraciones contra los delincuentes, a quienes se percibe y

---

<sup>23</sup> Correspondería aquí comentar sobre la pertinencia de las características económicas y efectos políticos de la globalización; pero por tratarse de una monografía sólo nos resta remitir al lector a Beck Ulrich: *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*; Paidós, Barcelona, 1998 y a Zaffaroni “La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal”; *Revista Nueva Doctrina Penal*; Editores del Puerto; entre muchos otros. En Beck “la globalización (...) un virus mental que se ha instalado en el interior de todos los partidos (...); es una acción altamente política que, en cambio, se presenta de manera totalmente apolítica” y “su dogma no es que se haya de actuar económicamente, sino que todo \_ política, economía, cultura \_ ha de supeditarse al primado de la economía”. Cfr. op.cit. págs.. 169 y 170.

presenta, en obstinada monserga dirigida a la opinión pública —*electores*— cual enemigos de la sociedad, merced a un rico abanico de apelativos apropiados para denigrarlos, despersonalizarlos y cosificarlos”<sup>24</sup>. Y basta con sólo ver un noticiero por televisión para escuchar como se considera a los delincuentes con el higienista rótulo de “antisociales”.

En el complejo articulado de esta “doctrina” interviene una imagen bélica legitimante del ejercicio del poder punitivo, por vía de la absolutización del valor seguridad, y debilitadora de los ya escasos vínculos horizontales de solidaridad social. En efecto, Guzmán Dalbora<sup>25</sup> reconoce que con el pretexto de procurar seguridad, la “doctrina de la seguridad ciudadana” hace del Derecho Penal “un aparato de guerra”, que debilita los lazos de solidaridad, entre y al interior, de las distintos sectores sociales, reemplazándolos por vínculos de subordinación, sometimiento y exclusión. Como se entenderá, el reforzamiento de los vínculos verticales de autoridad y disciplina tan sólo re-legitima las estructuras cuya transformación constituye nuestro desafío y, por ende, lo convierte en un objetivo más difícil de alcanzar.

Por su parte, Zaffaroni atribuye la génesis de la doctrina de la seguridad ciudadana a cuatro factores: el poder de las policías latinoamericanas, de carácter centralizado, vertical y militar; el poder de los medios de comunicación, que explotan y aumentan cotidianamente la imagen del delito con un metadiscurso que difunde una idea falsa de caos y una idea falsa de impunidad total<sup>26</sup>; el poder político, y sobre todo los candidatos de la oposición, que por oportunismo de campaña o demagogia populista (p.e. para satisfacer el ansia vindicativa de los eventuales electores), exigen y aprueban leyes penales de signo cada vez más autoritario y bloquean toda iniciativa liberal; y el poder económico no tradicional, es decir, el financiero, que procura desviar la atención de las maniobras ilegales producidas en su seno, para que la opinión pública se identifique con las víctimas de los delitos callejeros.<sup>27</sup>

Con todo, existe un generalizado rechazo en ámbitos académicos latinoamericanos a esta consideración del Derecho Penal degradado a “sombrio instrumento de profilaxis colectiva (...) orientado a extirpar la parte considerada corrupta del tejido social”<sup>28</sup>. Un cierto consenso de que el éxito de atacar el delito y “reducirlo a casos” requiere, más que la utilización del sistema penal, un “ambiente cultural” que el viejo Durkheim llamó “conciencia colectiva”; un decidido y generalizado esfuerzo por reconocer que, tras el formal hundimiento de los regímenes tiránicos, no han

---

<sup>24</sup> Cfr. Guzmán Dalbora, José L.: “Una especial versión del autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: la doctrina de la seguridad ciudadana”; disertación de apertura del XIV Congreso Latinoamericano IV Iberoamericano y II Nacional de Derecho Penal y Criminología, 25 de Septiembre de 2002, en el Salón Plenario del Congreso Nacional de la República; Valparaíso; Chile.

<sup>25</sup> Cfr. Guzmán Dalbora, José L., op. cit., versión electrónica en [www.carlosparma.com](http://www.carlosparma.com).

<sup>26</sup> un fenómeno que refleja las consecuencias de la falta de control público sobre la concentración mediática está dada no solo por la difusión impune e irrestricta de un clima de inseguridad que no se corresponde con los índices reales de delincuencia sino también por la influencia de los medios en todo proceso penal mediante la divulgación en masa de meras imputaciones y el establecimiento de auténticos procesos paralelos evidenciando que puede haber percepciones contrapuestas, donde la del periodista llega a tener siempre mayor peso social que la de la justicia gracias a golpes efectistas de una espectacularidad incontrolada.

<sup>27</sup> Cfr. Zaffaroni, Eugenio R.: “Politique criminelle et droits de l’homme en Amérique Latine: de la “sécurité nationale” à la “sécurité civique”, en *Archives de Politique Criminelle*, 1992, págs.77-86, citado por José Luis Guzmán Dalbora, en “Una especial versión del autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: la doctrina de la seguridad ciudadana”, op. cit., versión electrónica en [www.carlosparma.com](http://www.carlosparma.com).

<sup>28</sup> Guzmán Dalbora, Luis; op. cit., versión electrónica en [www.carlosparma.com](http://www.carlosparma.com).



desaparecido aún las pautas sociales que posibilitan el espectro de prácticas punitivas -y sociales- autoritarias.

### 1.3 Los riesgos de las reformas *prêt à porter*.

En la década de los años noventa, las agencias multilaterales de crédito (AMCs) como el Banco Interamericano de Desarrollo, el Fondo Monetario Internacional o el mismo Banco Mundial insistieron en reconocer que las reformas macroeconómicas - reformas estructurales desde la década de los años setenta- no resultarían eficaces ni sustentables si no se enmarcaban en un contexto de gobernabilidad; esto es, si no se contaba con regulaciones económicas adecuadas. Así, las reformas institucionales -y en especial la reforma de la justicia- pasaron rápidamente a formar parte privilegiada en las agendas de las AMCs. “El buen gobierno o *good governance* apareció como un importante objetivo o precondition política-institucional, necesario para lograr los resultados que las reformas macroeconómicas y sectoriales no lograron producir *per se*. Y dentro de esta temática, el Poder Judicial, su legitimidad y eficiencia, comenzó a ser reconocido como una pieza clave para el *buen gobierno* en general, y un eficiente funcionamiento de los mercados en particular. La articulación del accionar de actores domésticos e internacionales que, con distintas motivaciones, ubican en un mejoramiento del funcionamiento judicial un paso prioritario o precondition para alcanzar mayor legitimidad y eficiencia del gobierno democrático, ha generado en América Latina un poderoso *ambiente ideológico* pro-reforma judicial.”<sup>29</sup> Sin embargo, “la reforma de los sistemas de justicia sigue compartiendo caracteres comunes en los países del área. Es lenta, complicada y conflictiva. Sufre dificultades para manejar la multitud de problemas y de opciones que surgen, para incorporar a los actores que exigen participación, para sortear debates fundamentales acerca de su papel como poder, para definir los valores que debieran sustentar sus acciones”<sup>30</sup>.

El resultado de esa incapacidad para crear su propia receta, sobre su propio molde social y político, se ve reflejado en la reputación de la justicia: a pesar de este proceso de cambios y reformas, las líneas de continuidad en términos de su mala imagen por oportunismo político, ineficiencia, ineficacia, corrupción, burocratismo, anacronismo y/o exclusión, todavía son los núcleos duros de todo diagnóstico sobre las características presentes en las Judicaturas latinoamericanas. El ejemplo extremo del caso argentino refleja que, de hecho, la falta de legitimidad del Poder Judicial y, particularmente, de su máximo órgano, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, llegó a alcanzar en el año 2002 un pico histórico, transformándose (la falta de legitimidad o credibilidad) en furiosa indignación ciudadana<sup>31</sup>.

Pero volvamos sobre las características de estos programas *prêt à porter* y sus promotores. La preocupación por el funcionamiento de la administración de justicia adquiere, en este segundo menú de reformas, un sentido adicional y distinto con relación

---

<sup>29</sup> Acuña, Carlos H.: “La dinámica político-institucional de la reforma judicial en Argentina”, Panel: Las reformas de segunda generación y su impacto sobre el buen gobierno: Experiencias comparadas de Argentina y México en los últimos veinte años; VII Congreso Internacional del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo CLAD; Lisboa, Portugal; 8-11 Octubre de 2002, disponible en el sitio electrónico [www.clad.org.ve](http://www.clad.org.ve), págs. 3 y ss.

<sup>30</sup> Acuña, Carlos H., *ibíd.*

<sup>31</sup> Cfr. Acuña, Carlos H., *op.cit.*, pág. 6

a etapas anteriores. Buena parte del interés oficial por el tema está en los efectos indeseables del errático funcionamiento del sistema de justicia en términos del desarrollo económico. Así, una justicia ineficiente, costosa, lenta e impredecible genera costos indeseables y riesgos imprevisibles para la inversión extranjera, hoy concebida como el motor central del crecimiento económico. La reforma judicial en nuestros países no sólo es pertinente, es necesaria y urgente en términos de un desarrollo democrático, político, social y económico. Sin embargo, actualmente el vigor reformista se asocia de forma cada vez más directa a los préstamos de la banca multilateral en relación con la materia. Se supone que las fallas en la administración de justicia tienen impacto en el desarrollo económico, por lo que habría que mejorar la estructura para que los beneficios del mercado puedan realizarse. La formulación de reglas claras para el desarrollo económico, parece erigirse como la finalidad principal de las reformas en esta nueva etapa. Esto puede afectar el sentido de las reformas, al atarlo al componente económico de mercado promovido por la banca internacional, dejando de lado y/o aplazando implícitamente los retos de las sociedades de la región y de su administración de justicia en materia de derechos humanos, discriminación social, racial y sexual, y exclusión social y económica. En estas circunstancias, es recomendable una re-lectura crítica del proceso, en cuanto no supera las dificultades de acceso a la justicia de los diversos sectores sociales, entre otras, y condiciona los resultados de las reformas a una política de ayuda financiera internacional en un área en la que los resultados son difíciles de determinar. En definitiva, se trata de evitar que se considere a la justicia como un servicio más en el mercado, limitando su campo de actividad al terreno de la eficiencia empresarial y disminuyendo las posibilidades de relacionamiento con la esfera pública estatal.<sup>32</sup>

Fernández Toro también sostiene que, aunque la necesidad de adaptar la institucionalidad de los Estados nacionales a las exigencias de la globalización es no sólo pertinente sino también deseable, “el nuevo rol trascendental que debe jugar el Sector Justicia en la actual realidad mundial requiere de una reforma en profundidad (...) y no se puede reducir a una visión economicista, que no sólo esquiva los problemas de alcanzar el desarrollo socioeconómico de los pueblos, sino que, además, puede socavar la gobernabilidad democrática”. Y, para corroborar ese carácter economicista, comprueba que “la mayoría de los recursos destinados a la reforma judicial por la cooperación internacional, reembolsables o no, se han destinado casi con exclusividad a la modernización de áreas denominadas genéricamente como de Derecho Civil -normas, procesos y sus correspondientes organizaciones, los tribunales-, aunque en propiedad se han reducido drásticamente a la denominada justicia mercantil, esto es, a la Administración de Justicia que dirime conflictos de carácter comercial.”<sup>33</sup>

Con respecto a la descontextualización propiamente dicha, entendida como la falta de conciliación entre el proyecto de reforma legal o judicial en sus vertientes sustantiva y procesal y los contextos estructurales, políticos, sociales y económicos que

---

<sup>32</sup> Cfr. Burgos Silva, Germán; “Reforma judicial, desarrollo económico y banca multilateral: una aproximación crítica al tema”; en *El Otro Derecho*, vol. 8 N°1, Editorial Temis, Bogotá 1998, págs. 123-138. Versión electrónica en la página del CLAD. [www.clad.org.ve](http://www.clad.org.ve)

<sup>33</sup> Para Fernández Toro, el problema que surge de la visión de la reforma judicial reducida al campo de lo económico, es que las orientaciones supranacionales que impulsan las reformas no siempre responden a las necesidades de las sociedades a las que les pretende imponer. Y el principal obstáculo es que continúan escindiendo aún el crecimiento económico del desarrollo social. Cfr. Fernández Toro, Julio César, “Los desafíos del gobierno judicial. Análisis y perspectivas de la reforma y gobernabilidad de los sistemas de administración de justicia”, *Revista Reforma y Democracia*; CLAD; N°10; Caracas, febrero de 1998, disponible en el sitio electrónico del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. [www.clad.org.ve](http://www.clad.org.ve)

son propios de cada país, el fenómeno se ha convertido en un riesgo recurrente en países con marcada tradición etnocéntrico-teleológica en la formulación de políticas públicas para transformar crecimiento en desarrollo. O bien los planteamientos se han formulado como problemas esencialmente técnicos, invitándose a buscar soluciones en modelos preexistentes razonablemente eficaces. En ese sentido Germán Burgos, del Instituto Internacional de Gobernabilidad, sostiene que “la construcción y desarrollo del Estado de Derecho conlleva estrategias tanto desde los gobiernos hacia la sociedad pero igualmente desde la base social respecto de los marcos institucionales. La primera de las anteriores ha sido la vía más utilizada a la hora de introducir reformas de orden constitucional y legal. Sin embargo, ésta no siempre se ha visto fundada en la consideración previa de los contextos en que su implantación tiene lugar y en muchos casos se ha privilegiado más su parecido con las instituciones de los países desarrollados. Además, no siempre se ha contado con la debida apropiación social de la institucionalidad. Este proceso depende en buena parte de la educación, de los niveles de desarrollo económico, del papel de los sectores modernizadores y del funcionamiento efectivo de las instituciones. Deben existir, por lo tanto, ineludibles correspondencias entre las instituciones generadas desde arriba y las instituciones demandadas y apropiadas desde abajo.”<sup>34</sup> Un sistema que funcione razonablemente bien en un determinado contexto, no garantiza en absoluto el mismo nivel de eficacia al ser trasplantado a otro contexto con particularidades que le son totalmente ajenas. Así, las “universalidades” propuestas, deben analizar detalladamente el papel y el origen de las instituciones formales, pero sobre todo de las informales, del nuevo contexto<sup>35</sup>.

En el mismo sentido, Jonathan Miller recurre a la experiencia del movimiento del derecho y desarrollo de las décadas de los sesenta y setenta, cuando en los voluntariosos esfuerzos por expandir proyectos educativos de reformas jurídicas se subestimó la capacidad de los regímenes gobernantes receptores -por lo general autoritarios- para desvirtuar las herramientas del instrumentalismo legal; precisamente por no haber reparado lo suficiente en la ausencia de un sistema político subyacente pluralista como requisito para esa gestión: “la tradición del *common law*, la historia política y las técnicas interpretativas que se combinan entre sí para apoyar un enfoque carismático y sensible hacia la toma de decisiones judiciales en los Estados Unidos, no estará presente idénticamente en otros países.”<sup>36</sup>

Este enfoque pone el énfasis en el involucramiento contextual pleno como paso previo al proceso transformador, para evitar lo que Stephen Holmes considera el riesgo de la “ilusión de las reformas desde arriba” o “por decreto”; apuntando a aquéllas que no logran instrumentalizarse por falta de un debate y un consenso más adecuado de manera que el cambio no sea visto como una imposición y donde las garantías de transparencia estén aseguradas.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> Burgos Silva, Germán; op.cit. págs. 123 y ss. versión electrónica en [www.clad.org.ve](http://www.clad.org.ve).

<sup>35</sup> Cfr. Támara, Joaquín, “La reforma judicial en América Latina: algunas consideraciones sobre su enfoque técnico”, Instituto Internacional de Gobernabilidad. Versión disponible en su sitio electrónico. [www.iigov.org](http://www.iigov.org)

<sup>36</sup> Miller, Jonathan, “Control judicial de constitucionalidad y estabilidad constitucional: sociología del modelo estadounidense y su colapso en la Argentina”; en *Hastings International & Comparative Law Review*, volume 21, N°1, 1997; págs. 77-176.

<sup>37</sup> Cfr. Holmes, Stephen; “Can foreign aid promote the Rule of Law?” en *East European Constitutional Review*, vol.8, N°4, New York University School of Law; 1999. Versión disponible en [www.law.nyu.edu/eecr/vol8num4/index.html](http://www.law.nyu.edu/eecr/vol8num4/index.html).

Por lo demás, la experiencia ha confirmado de hecho que las instituciones legales, tanto en relación con procesos de adjudicación como a normas legales positivas, son raramente viables (o estables) si no tienen determinadas raíces endógenas, o al menos son compatibles con los valores endógenos, que son los que marcan al régimen concreto situado históricamente. Esto no quiere decir que no quede espacio para la colaboración intercultural o para el mutuo enriquecimiento en el refuerzo del Estado de Derecho. Lo que queremos decir es que, en lugar de fomentar trasplantes institucionales o transferir acríticamente tecnologías o confiar en super-expertos extranjeros “omniscientes”, la colaboración debería estructurarse y mantenerse como un amplio proceso de mutuo aprendizaje y reflexión desde la instancia misma de la formulación de políticas. Pero también será necesario sumar la densidad social en la forma de una participación y fomento del capital social. Se necesitan actores políticos y sociales democráticos dirigiendo los procesos de cambio, para que el consenso sea una herramienta y el resultado sea irreversible. Hoy día, la dirección en que marcha la historia favorece que el ambiente político local propicie la organización de intereses sociales variados, que se respeten valores democráticos que siguen ignorándose, que los derechos humanos no se violenten, etc. Si la ayuda económica extranjera para “fomentar” transformaciones institucionales “voluntarias” aterriza en un terreno infértil, podemos generar la ilusión de una sociedad civil emergente consolidada<sup>38</sup>, retardándose aún más la disponibilidad de nuestro propio capital social. Para que ello no ocurra debemos introducir las “buenas prácticas” de la tolerancia, los valores democráticos, el respeto por los derechos humanos y el control ciudadano precisamente en aquellos dispositivos institucionales responsables de una tarea inconclusa de nuestra modernidad: la extensión de los derechos propios de la democracia a todos los ciudadanos de América Latina.

Para sintetizar en este punto, diremos que la justicia en crisis, lejos de constituir un obstáculo, debe ser concebida como una oportunidad para difundir los valores de la democracia con intervenciones eficientes. No se puede creer que una vez logrado cierto capital social en la base, el proceso de reforma estará asegurado. Se necesitará contar con voluntades reformistas y democráticas en las instancias claves para el proceso de reforma. No se trata de insistir con modificaciones cosméticas a modelos ya probados, ni de caer en la tentación de adquirir pasivamente modelos importados; tampoco de creer que las nuevas tecnologías solucionarán todos los problemas por sí solas. La reforma es un proceso complejo en el que, si bien los gobiernos y las sociedades civiles deben fomentar los vínculos internacionales para reforzar una cultura jurídica democrática, sin perjuicio de esa disponibilidad de asesoría de fuentes extranjeras, son los gobiernos quienes deben esforzarse para asegurar la coherencia de esa asesoría con los requisitos particulares de cada caso nacional.

## **2. Diagnóstico y desafíos políticos.**

Frente a la profundidad del derecho y de la judicatura, recordamos, se procede a caracterizar sus componentes y dimensiones estructurales situando al problema en el marco social y político en el que tiene lugar, en tanto se pretende destacar sus aspectos institucionales y funcionales, por sobre las cuestiones propiamente jurídicas y normativas.

---

<sup>38</sup> Cfr. Torres Rivas, Edelberto, “La sociedad civil en la construcción democrática: notas desde una perspectiva crítica”; en *Revista Instituciones y Desarrollo*, Nos. 8 y 9, FLACSO, págs. 143 a 170; Instituto Internacional de Gobernabilidad; Barcelona, 2001. Disponible en su sitio electrónico [www.iigov.org](http://www.iigov.org)

## 2.1 Sobre el factor institucional de la sociedad civil latinoamericana (en la socialización de la judicatura).

*“Hacete amigo del juez, no le des de qué quejarse; y cuando quiera enojarse, vos te debes encoger, pues siempre es güeno tener, palenque ande ir a rascarse”  
José Hernández (Martín Fierro)*

Los países de la región se convirtieron en democracias políticas o, más precisamente, en lo que Robert Dahl<sup>39</sup> definió como poliarquías. Toda una teoría política viene ocupándose de estas nuevas democracias a partir de una progresiva abstracción de características que resultan comunes a los procesos latinoamericanos, que participan efectivamente de algunos de los rasgos definitorios de las democracias institucionalizadas de Occidente.<sup>40</sup> Nosotros preferimos adoptar el término poliarquía que constituye una definición minimalista de la democracia en un sentido estricto<sup>41</sup>; vale decir regímenes que satisfacen las condiciones estipuladas por Dahl<sup>42</sup>, pero que aún adolecen de severas restricciones, vetos o exclusiones en ciertas esferas de decisión política, donde las autoridades legitimadas son sometidas por otros actores no electos, como las fuerzas armadas, las corporaciones económicas y otros, sobre los que tampoco se exhibe la posibilidad de establecer algún tipo de *accountability* horizontal<sup>43</sup>. Se trata entonces de precisar una definición para aquellos regímenes nuevos en los que han surgido ciertos atributos de la democracia política en la figura de procedimientos mínimos (electoralistas) o en expansión (control sobre políticas públicas), pero donde los gobiernos autoritarios han dejado como herencia determinados “dominios reservados” -enclaves autoritarios en las instituciones y las prácticas políticas del país<sup>44</sup>- sobre los cuales los gobiernos elegidos tienen escasa o ninguna autoridad<sup>45</sup>.

Podríamos referirnos entonces a “gobiernos democráticos en construcción”<sup>46</sup> para los surgidos en la década que comienza en 1980 y así sugerir que aunque un gobierno

<sup>39</sup> Cfr. Dahl, Robert, *Polyarchy: Participation and Opposition*; New Haven, Yale University Press; 1971; y *Democracy and its Critics*, New Haven, Yale University Press, 1989, ambos en: Apuntes de Cátedra de Teoría Política III, Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de Rosario.

<sup>40</sup> Ver entre muchos otros Guillermo O'Donnell; Philippe Schmitter; Norbert Lechner; □ arre Mainwaring; Francisco Weffort; Manuel Antonio Garretón y Adam Przeworski.

<sup>41</sup> Sin la ampliación que del término hiciera posteriormente Guillermo O'Donnell en “Illusions about Consolidation”, versión ampliada y en español en *Agora* N° 5, Buenos Aires, 1996; pps. 5-28, y en *Contrapuntos*, Buenos Aires; Paidós; 1997; cap.11.

<sup>42</sup> Autoridades públicas electas; elecciones libres y competitivas; sufragio universal; derecho de competir por los cargos públicos; libertad de expresión; fuentes alternativas de información y libertad de asociación.

<sup>43</sup> Cfr. O'Donnell, Guillermo, “Accountability Horizontal”, en *Agora* N° 8; Buenos Aires; 1998; págs.5-34; Óscar Godoy Arcaya resume *accountability* como “la responsabilidad de los gobernantes ante los gobernados, mediante mecanismos de representación y con apego a la ley” (*Estudios Públicos* N° 74, Santiago de Chile, 1999, p. 83).

<sup>44</sup> Cfr. Godoy Arcaya, Óscar, “La transición chilena a la democracia: pactada”, en *Estudios Públicos* N° 74; Santiago de Chile, 1999, págs. 81 y ss.

<sup>45</sup> Cfr. Valenzuela Samuel; *Democratic Consolidation in Post-Transitional Settings: Notion, Process and Facilitating Conditions*; citado por Collier, David y Levitsky, Steven; en “Democracia con Adjetivos Innovación Conceptual en la Investigación Comparativa” (trad. Ignacio Miri controlada por los autores) en *Agora* N°8, Buenos Aires; 1998, págs. 99-122.

<sup>46</sup> Para otra definición acerca de los requisitos de las democracias, cfr. Terry Lynn Karl, *Dilemas de la Democratización en América Latina*; citado por Godoy Arcaya; op.cit., p. 83.

determinado -y tan sólo en clave ejecutiva o legislativa- haya sido elegido democráticamente, el funcionamiento posterior de los procedimientos democráticos no está necesariamente asegurado, habida cuenta de las relaciones políticas “neofeudalizadas” y en ocasiones “sultanísticas” que se pueden encontrar en espacios territoriales o institucionales donde es posible afirmar que el Estado nacional cuyo Ejecutivo y Legislativo se eligen democráticamente no protege finalmente los derechos básicos de ciudadanía y, en especial, los derechos de los ciudadanos a una protección justa y equitativa en sus relaciones sociales y económicas<sup>47</sup>.

Para poder entender el análisis acerca de la fragilidad institucional que obstaculiza nuestro desarrollo como regímenes pluralistas, ya hicimos referencia brevemente a la dificultad para encontrar términos apropiados para lo que la literatura específica considera democracia altamente institucionalizada, democracia consolidada o democracia formalmente institucionalizada, cuando nuestro objeto de estudio son las poliarquías latinoamericanas donde la institución más formalizada está configurada básicamente por las elecciones regulares<sup>48</sup>. Es por ello que preferimos discutir -como lo hace O'Donnell- desde la inclusión de otros componentes de las poliarquías que suelen no ser tomados en cuenta por la politología institucional por tratarse de pautas de comportamientos institucionalizadas informalmente, pero que son causales de la precariedad de nuestras democracias políticas.

Guillermo O'Donnell sostiene que, en nuestras poliarquías, existen dos instituciones extremadamente importantes, pero la manera que solemos usar para conceptualizar instituciones no nos ayuda a reconocerlas como tales. Una institución es altamente formalizada: las elecciones. “La otra es informal, permanente y ubicua: el particularismo (o clientelismo, en sentido amplio)”<sup>49</sup> que nos obliga a denominar a nuestros regímenes como poliarquías “informalmente institucionalizadas”<sup>50</sup>. Por definición, todos los casos latinoamericanos serían poliarquías, debido a un hecho simple pero crucial: las elecciones están institucionalizadas; al tiempo que, como poliarquías informalmente institucionalizadas, dan cuenta de espacios más difíciles de indagar tales como si, cómo y en qué grado los gobiernos son efectivos y/o responsables por medios distintos a las elecciones y frente a los ciudadanos; si existen dificultades para aplicar la ley a las fuerzas armadas o de seguridad y en qué medida la ciudadanía se extiende a lo largo del territorio y a los diversos sectores o clases sociales<sup>51</sup>.

En ese sentido, la atención de los estudios institucionales necesariamente deben trascender las organizaciones formales (básicamente el Ejecutivo, los partidos políticos, el Congreso y, a veces, los tribunales) para dar cuenta de aquellos elementos informales que permiten captar y destacar la particular combinación e interacción entre “libertades” y

---

<sup>47</sup> Cfr. O'Donnell, Guillermo; “On the State, Democratization and Some Conceptual Problems: A Latin American View with Glances at Some Postcommunist Countries”, en *World Development*, vol.21, N°8, 1993, págs. 1359 y ss. , citado en David Collier y Steven Levitsky; op.cit., págs. 99 y ss.

<sup>48</sup> Respecto de la institucionalización de los otros requisitos de la poliarquía, Godoy Arcaya atribuye el carácter incompleto y cortoplacista de la democracia (chilena) a una transición incompleta. Ver Godoy Arcaya; op.cit.; págs. 81 y ss. Y también Garretón, Manuel Antonio; *La transición chilena. Una evaluación provisoria*; FLACSO, Santiago de Chile, enero de 1991; citado por Godoy Arcaya; op.cit., pág. 80.

<sup>49</sup> O'Donnell, Guillermo, “Otra Institucionalización”, *Agora* N°5; Buenos Aires; 1996, págs. 5-28.

<sup>50</sup> O'Donnell, Guillermo; “Otra Institucionalización”; cit., págs. 5-28.

<sup>51</sup> Cfr. Schmitter, Philippe; *Dangers and Dilemmas of Democracy*, citado por Guillermo O'Donnell en “Otra Institucionalización”; cit., pág. 8 y ss.

“restricciones” en cada una de las etapas del actual proceso de democratización<sup>52</sup> y que hacen al estado actual de las transiciones<sup>53</sup>. En definitiva, no hay teoría que nos diga por qué y cómo las nuevas poliarquías que institucionalizaron formalmente las elecciones (o cierta *accountability* sólo para los Ejecutivos o Legislativos, entre otros procedimientos formales de las democracias consolidadas) van a “completar” su complejo institucional o llegar a “consolidarse”; aunque sospechemos que una alta desigualdad económica tiene estrecha relación con una institucionalización informal. Con todo, esta afirmación no es tan importante como tomar en cuenta de una vez por todas esos “otros factores” (las instituciones informales), que pueden tener mayores efectos autónomos sobre la probabilidad de supervivencia de nuestras poliarquías.<sup>54</sup> Y es que en los escenarios informalizados los actores son tan racionales como en los altamente formalizados, pero su racionalidad no puede ser entendida desde las reglas formales sino desde sus propias reglas y su carácter compartido, que efectivamente establecen los parámetros de comportamiento y expectativas. Podríamos tomar el camino fácil y definir la situación de nuestras poliarquías de forma negativa, en términos de la falta de adecuación entre las reglas formales y el comportamiento observado (por ejemplo en los tribunales), pero como sugiere O'Donnell -y la antropología también- “ésto no nos exime de estudiar las reglas que efectivamente se siguen (...) sobre todo cuando las reglas informales son ampliamente compartidas y están profundamente arraigadas; en este caso, son estas reglas la que están altamente institucionalizadas, y no las formales”<sup>55</sup>. Esas instituciones informales surgen como una práctica de funcionarios confiados en su impunidad; y, desde el momento en que deja de ser un hecho casual o contingente para instalarse de manera preponderante en la vida pública, pasa a ser precisamente una institución; y como tal requiere de un abordaje más global que sólo puede aportar un enfoque interdisciplinario. En el caso de la Judicatura, se requerirá un enorme esfuerzo para disputar al Derecho la exclusividad de la descripción (en su caso moral-legal) de la materia y las posibilidades y límites de una transformación institucional.

El argumento desplegado hasta aquí no implica, entonces, que el proceso político no esté institucionalizado<sup>56</sup>. El problema es que concentrar la atención en las instituciones formales y organizacionalmente materializadas de la poliarquía nos impide ver esas otras instituciones, informales y en ocasiones encubiertas, que tienen enorme influencia en muchas nuevas poliarquías: como dijimos, el clientelismo y, más generalmente, el particularismo. Los dos términos poseen detalles y matices que ameritarían una adecuada

<sup>52</sup> Cfr. Gunther, Richard; Diamandouros, Nikiforos y Puhle, Hans-Jürgen (comps.) *The Politics of Democratic Consolidation*, Baltimore; The John Hopkins University Press, 1995; citado en O'Donnell, G; “Otra Institucionalización”, cit., págs. 8 y ss.

<sup>53</sup> Y así ofrecen una definición no minimalista de la consolidación de las democracias proponiendo como modo de superar ese “estancamiento institucional”, y siempre desde una perspectiva teleológica ya desactualizada, una “segunda transición” desde un gobierno democráticamente electo a un régimen democráticamente consolidado. Ver Scott Mainwaring, Samuel Valenzuela y Guillermo O'Donnell (comps.); *Issues in Democratic Consolidation: The New South American Democracies in Comparative Perspective*, University of Notre Dame Press, 1992 cuya versión actualizada y en español aparece en *Agora* N°5, 1996, págs. 135-180.

<sup>54</sup> Cfr. Przeworski, Adam; Alvarez, Michael; Cheibub, José Antonio y Limongi, Fernando; “Las Condiciones Económicas e Institucionales de la Durabilidad de las Democracias”, en *Agora*, N°5, Buenos Aires, 1996, pág. 67.

<sup>55</sup> O'Donnell, Guillermo, “Otra Institucionalización”, cit., pág. 16.

<sup>56</sup> En países donde una gran brecha entre realidad y legalidad es parte de su historia, la continuidad o visibilidad de esa brecha entre reglas formales y comportamiento puede no amenazar la supervivencia de la poliarquía aunque tampoco contribuya a cerrar esa brecha; si bien se generan espacios para coexistencias extrañas de elementos informales y formales como la de un particularismo ubicuo con modalidades altamente tecnocráticas de administración (Cfr. O'Donnell G.; op.cit. pág. 16).

discusión que esta monografía no puede cubrir; pero diremos que con el traspaso de un gobierno autoritario a otro democrático, los complejos que componen el aparato de gobierno van acusando recibo del impacto democratizador a distintas velocidades; así, mientras uno de los cuerpos (el Ejecutivo) cae rápidamente bajo la lupa de la interacción sociopolítica por tratarse de un poder electo, otro (la Judicatura) se congela en los roles e imágenes que mantiene del pasado autoritario a la espera de una intervención. Hablamos de herencias institucionales que involucran diversos tipos de relaciones no universalistas, desde transacciones particularistas jerárquicas, patronazgo, nepotismo y favores, hasta acciones que, según las reglas formales del complejo institucional de la poliarquía, serían consideradas corruptas.

Sabemos que las poliarquías formalmente institucionalizadas<sup>57</sup> no están exentas de relaciones particularistas y nos referimos a cuestiones de grado que parecen suficientemente importantes como para requerir reconocimiento conceptual. Tal vez sirva como indicador de estas diferencias, la extraordinaria indulgencia con que, en las poliarquías informalmente institucionalizadas como las nuestras, los líderes políticos, la opinión pública e incluso los tribunales tratan ciertas situaciones que en otras poliarquías se considerarían casos de severo conflicto de interés<sup>58</sup>.

Y los tribunales (tanto en la estructura del poder *per se*, como en el carácter relacional de sus funcionarios) han sido y, en buena medida, son generadores de informalidad a partir de su carácter de nichos contenedores y reproductores del flujo autoritario de valores, que prevalece como la herencia que más demora en ser revisada por los dispositivos del pluralismo recuperado. El particularismo, concepciones y prácticas neopatrimonialistas conforman el principal obstáculo para el despliegue de uno de los principales aspectos del complejo institucional de la poliarquía: la distinción, en términos legales, normativos y de comportamiento, entre una esfera pública y una privada. La Judicatura conforma esa esfera institucional importante de la poliarquía que, contra sus reglas formales, está dominada por el particularismo. Allí, en los tribunales (como en el Congreso y en algunas acciones del Ejecutivo) se consuman rituales y discursos tal como si las reglas formales fueran la principal guía de los comportamientos. Esa manifiesta hipocresía de los rituales y discursos alimenta un cinismo generalizado hacia las instituciones formales y sus ocupantes; y en la medida que esta consecuencia es muy visible, el particularismo se da por descontado y es practicado como la principal forma de acceso al y del ejercicio del poder (con la peculiaridad que se esperan y descuentan como mera retórica discursos que afirman seguir las reglas formales)<sup>59</sup>.

Lo expuesto, indicará al lector la presencia del elemento elitista en las pautas de conformación de poder al interior de los distintos segmentos del gobierno. Elemento que, en la Judicatura, se hace presente con mayor vehemencia por la latencia de su impronta autoritaria ya indicada. El elemento elitista nos lleva a los mismos orígenes de nuestra institucionalidad; cuando liberales y conservadores (los grupos que en la enorme mayoría de los países latinoamericanos redactaron los primeros documentos constitucionales) coincidían en la necesidad de recortar los poderes de la ciudadanía y reafirmar la capacidad de la dirigencia para actuar a partir de su sola voluntad. Como resultado de

---

<sup>57</sup> Aquellas que se ubican preferentemente en el hemisferio noroccidental y que toda visión teleológica etnocentrista (de las que abundan en nuestra región a la hora de explicar por comparación nuestros procesos de cambio) suelen idealizar sin mayores exámenes.

<sup>58</sup> Cfr. O'Donnell, Guillermo, "Otra Institucionalización"; cit., págs. 5 y ss.

<sup>59</sup> Cfr. O'Donnell, Guillermo; op.cit., pág. 19.



dicha actitud fue muy habitual que las primeras constituciones copiaran fielmente el modelo norteamericano, pero fortaleciendo de un modo extraordinario los poderes del Ejecutivo, para actuar más discrecionalmente frente a “tiempos de crisis política”<sup>60</sup>.

Se constituye así el presupuesto epistémico del sistema representativo originario de nuestras poliarquías, que remite a un elitismo epistémico, desde el momento en que la imparcialidad política (o su efectividad) requeriría alejar el proceso de toma de decisiones del control mayoritario, para depositarlo en las manos de unos pocos funcionarios, bien elegidos y -en el mejor de los casos- técnicamente bien formados. Y, dentro de este esquema que reserva el poder decisorio de la comunidad a un grupo pequeño y relativamente aislado de representantes, ninguna institución resulta más emblemática que el Poder Judicial, que pasó a tener la última palabra institucional, a partir de su capacidad para controlar la totalidad de los dispositivos institucionales gubernativos. Así, se concretaba la máxima aspiración del conservadurismo político: expropiar a los órganos representativos el poder de decisión final, y depositarlo en un órgano fuertemente aislado de la ciudadanía (en tanto sus miembros no son elegidos ni removidos popularmente, sobre todo en las instancias judiciales superiores)<sup>61</sup>, compuesto por ciudadanos “ilustrados” (bien formados técnicamente) y capaces de decidir sin el riesgo de la mínima sanción popular (un riesgo que, aunque muy periódicamente, sigue limitando los márgenes de discrecionalidad en las maniobras de los otros dispositivos políticos electos del gobierno). Ahora se torna posible un escenario en donde la enorme mayoría (parlamentaria o extraparlamentaria) reclama por la obtención de un determinado objetivo, y un cuerpo cada vez más ajeno a esas mayorías ciudadanas y libre del control de las mismas es capaz de negar con carácter definitivo tal reclamo, retirándolo del tablero de las decisiones políticas posibles y reproduciendo un congelamiento institucional que nuestras poliarquías no necesitan<sup>62</sup>.

El funcionamiento de estos enclaves autoritarios en nuestras poliarquías se entiende a partir de las características que les son propias. En el caso del comportamiento elitista, institucionalizado en la Judicatura, hablamos de un grupo cohesivo, animado por un espíritu de cuerpo y que, aunque lo niegue, manifiesta una vocación acendrada por la política que se traduce en una dedicación excepcional, porque se permite concentrar y monopolizar el mando y asegurar su trasmisión hasta el punto de constituir, en no pocas oportunidades, un estamento intrínsecamente adscriptivo del tipo casta o camarilla<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> Dando forma al reflejo regional de las opciones institucionales escogidas por los “padres fundadores” que, por temor a la ciudadanía, habían reducido al extremo los controles populares (o exógenos) sobre la clase política, y activado casi exclusivamente los controles internos propios del sistema de “frenos y contrapesos”. Vid. Roberto Gargarella, “Ni política ni justicia: sobre los déficits de nuestro sistema institucional”, en *Revista Aportes para el Estado y la Administración Gubernamental*, Asociación de Administradores Gubernamentales; N°19; Buenos Aires, 2002.

<sup>61</sup> Algunos autores como Ibáñez o Zaffaroni argumentan que pese a su origen no democrático, el poder judicial es funcional al sistema democrático, siendo un contrapeso indispensable en el caso de alianzas coyunturales entre ejecutivo y legislativo. Ambos autores son citados por Horvitz Lennon, María Inés en *Introducción al Módulo II*; Diplomado Internacional “Estado de Derecho y Reformas a la Justicia”; Universidad de Chile - Universidad de Heidelberg; Santiago de Chile; mayo-noviembre de 2004, pág. 4.

<sup>62</sup> Cfr. Gargarella, Roberto, “Ni política ni justicia: sobre los déficits de nuestro sistema institucional”, versión electrónica en [www.aag.org](http://www.aag.org).

<sup>63</sup> Mas allá de las particularidades de cada país sudamericano, existen a su vez redes de elites que interaccionan sobre la Judicatura involucrando por lo general a grandes empresarios, jefes de las fuerzas armadas y dirigentes políticos que constituirían una especie de poder oculto o influencia traficada o ejercida sobre la estructura formal del poder y que en algunos casos nacionales, al escapar completamente a toda posibilidad de *accountability* política, social o incluso mediática por la debilidad propia en términos de *governance* de las

Cabe destacar que, en algunos países, este sistema relacional de vocación elitista y de origen autoritario tiende a delimitar estrictamente la formación político-académica de sus cuadros dentro de pautas rígidas y como privilegio de una verdadera “clase política” de una manera similar a la del régimen imperial alemán, que distinguía con rigor la educación superior de la educación popular, confiando a cierto circuito educacional la formación del estrato dirigente, bajo el lema de que “la universidad de Berlín es la guardia de *corps* intelectual de los Hohenzollern”.<sup>64</sup>

Bryan Garth, director de la American Bar Foundation, actualiza estas sospechas cuando afirma que en América Latina “existen pautas de comportamiento que crean modelos de conducta heredados y que conforman los estrechos lazos que unen a las facultades de derecho, la judicatura y a las familias que conforman las elites políticas (...). En un contexto así no es posible construir un derecho autónomo donde los individuos puedan sentirse recompensados personal y profesionalmente siguiendo y aportando en la promoción y defensa de la ley”<sup>65</sup>. El profesor Garth nos advierte acerca de las condiciones que explican el relativo fracaso por hacer viable el Estado de Derecho mediante la construcción de instituciones jurídico-formales en América Latina y que estarían asociadas a razones de tipo estructural (o factores no subjetivos de la reforma), antes que a deficiencias de los sujetos vinculados a la reforma (o factores subjetivos)<sup>66</sup>.

Un enfoque multidisciplinario puede bucear profundamente en el oscuro océano de las Judicaturas latinoamericanas, al incorporar en el análisis científico de las relaciones políticas los aportes de la Antropología Política, para entender cómo este tipo de relaciones constituyente del ámbito tribunalicio hecha por tierra *per se* la tan preciada pretensión de neutralidad sociopolítica. Para eso, será necesario sacar a la superficie esos tipos de relaciones y vínculos caracterizados por el patrimonialismo y el carácter estatutario, estructurantes del aparato burocrático de la Judicatura.

Sarrabayrouse Oliveira sostiene, a partir del caso argentino, que “si bien desde una definición normativa, el poder judicial -en tanto institución de la modernidad- es un aparato legal-burocrático universalista e igualitario, que se encuentra regulado por un sistema de reglas abstractas y codificadas sometidas al orden legal establecido por la Constitución, las relaciones desplegadas en su interior están definidas por el status, la jerarquía, el parentesco y las lealtades”.<sup>67</sup> Efectivamente, y siguiendo el propio análisis sugerido por la Teoría de las Elites, la observación de estas relaciones permite ver de qué manera el Poder Judicial (como pretendido sistema global regido por reglas universales a las que llamamos leyes) se encuentra fuertemente permeado por un sistema de relaciones personales que constituyen un factor estructural en clave de Garth y que, en

---

sociedades civiles latinoamericanas, se hallan efectivamente en condiciones de imponer aún las decisiones más importantes en la esfera del diseño e implementación de determinadas políticas públicas.

<sup>64</sup> Von der Gabletz, Otto Heinrich; *Introducción a la Ciencia Política*; citado por Melo, Artemio Luis; op.cit., pág. 285.

<sup>65</sup> Cfr. Garth, Bryan, “What makes a successful legal and judicial system: rethinking the processes and the criteria for success”; texto original en el sitio electrónico del Banco Mundial; versión comentada en español en Tamara/Burgos: “Algunos desafíos de la Cooperación Internacional para la Reforma Legal y Judicial”, en el sitio electrónico del Instituto Internacional de Gobernabilidad. [www.iigov.org](http://www.iigov.org)

<sup>66</sup> Cfr. Támara/Burgos: “Algunos desafíos de la Cooperación Internacional para la Reforma Legal y Judicial”, sitio electrónico del Instituto Internacional de Gobernabilidad. [www.iigov.org](http://www.iigov.org)

<sup>67</sup> Cfr. Sarrabayrouse Oliveira, María J., “Poder judicial y dictadura. Relaciones patrimonialistas e intercambio de favores”; exposición del equipo de Antropología Política y Jurídica en el III Congreso Virtual de Antropología y Arqueología; Facultad de Filosofía y Letras; Universidad de Buenos Aires, 2002.

consecuencia, son algo más que simples y puntuales “supervivencias del pasado” susceptibles de ser superadas por el proceso dinámico de las fuerzas políticas o económicas<sup>68</sup>.

En ese sentido, Sarrabayrouse advierte que es posible plantear en el ámbito judicial la coexistencia, de forma complementaria, de dos “universos” regidos por lógicas diferentes: por un lado, el universo de las reglas y de las leyes generales y universalizantes; por el otro, el universo de las relaciones personales caracterizadas por el clientelismo (los vínculos establecidos de lealtad que O’Donnell engloba en el “particularismo”), el status y la jerarquía. Y, al igual que el politólogo, Sarrabayrouse sugiere incorporar en el análisis este segundo universo o sistema (“institucionalización informal” en O’Donnell) para acercarnos de manera diferente al ámbito de la administración de justicia y ver de qué manera los actores, en su desplazamiento intra e interinstitucional, hacen uso de ambas lógicas según los intereses puestos en juego.

Para poder comprender, entonces, el funcionamiento de estos mundos complementarios la referencia empírica del estudio antropológico de Sarrabayrouse parte de las características que presentan tanto las formas de ingreso al poder judicial argentino -la forma de reclutamiento constituye un aspecto definitorio del tipo de magistratura<sup>69</sup>- como los ascensos en el escalafón, una vez que se está adentro: “El modo en el que se producen los nombramientos y los ascensos se comprende apelando a esta lógica de obligaciones y lealtades, en la que operan los grupos que integran la justicia (...). Es un proceso que -desde el inicio- acostumbra a sus agentes a la forma y a las estrategias que son necesarias para avanzar y mantenerse dentro del aparato de justicia, ofreciendo un estilo de conducta que adquiere un carácter familiar y que como todo acto rutinizado (...) genera un sentimiento de confianza o de seguridad ontológica (...). El tipo de *denda* que se genera a partir de las designaciones se prolonga a lo largo del desempeño en la justicia y en otros ámbitos tales como la facultad de derecho”<sup>70</sup>.

Por si quedan dudas respecto del contenido en términos de poder en estas relaciones, basta sugerir el modo en que los “favores” donados crean obligaciones en una relación o acto en el que operan dos movimientos: el “favor” aproxima a los protagonistas, porque se constituye en reparto y los aleja socialmente en la medida que uno se convierte en deudor del otro; expresando y legitimando una relación de jerarquía<sup>71</sup>. Relación vertical que, a su vez, interacciona con una red (preexistente o no) formada por los lazos que se establecen horizontalmente entre los miembros de la “familia judicial” -ya sean de amistad, camaradería o compañerismo- y que generan como resultante “contratos morales entre clanes, tribus o familias”<sup>72</sup> que “conservan bien guardados como objetos preciosos, saberes y ritos para afirmar con rotundidad una serie de identidades y su

<sup>68</sup> Cfr. Garth, Bryan, citado por Támara/Burgos, op.cit. versión electrónica en [www.iigov.org](http://www.iigov.org).

<sup>69</sup> Cfr. Horvitz Lennon, María Inés; *Introducción al Módulo II*; Diplomado Internacional “Estado de Derecho y Reformas a la Justicia”; Universidad de Chile -Universidad de Heidelberg; Santiago de Chile; mayo-noviembre de 2004, pág. 7.

<sup>70</sup> Cfr. Sarrabayrouse Oliveira, María J., “Poder Judicial y dictadura. Relaciones patrimonialistas e intercambio, de favores”, cit., passim; y Sarrabayrouse Oliveira, María J.; *Poder Judicial: Transición del escriturismo a la oralidad*; Tesis de Licenciatura en Ciencias Antropológicas; Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires; citado en “Poder Judicial y dictadura”; op.cit. versión electrónica [www.naya.org](http://www.naya.org).

<sup>71</sup> Desde el momento en que el vínculo entre funcionarios hace alusión a relaciones de subordinación y deferencia.

<sup>72</sup> Godelier, Maurice: *El enigma del don*; Paidós; España, 1998, citado por Sarrabayrouse; op.cit. versión electrónica [www.naya.org](http://www.naya.org).

continuidad en el tiempo<sup>73</sup>. En muchos casos, resultaría pertinente extender a las Judicaturas las características que Della Porta señala en su estudio sobre partidos políticos, esto es, una estructura estable de corrupción, como un sistema de reglas o normas paralelas a las legales o visibles. Son reglas secretas, ocultas pero fuertemente imperativas para quien pertenece a la estructura, organización, o corporación, y que asumen como necesaria la “existencia de una vasta red de vínculos sociales y por lo tanto de personificaciones de esos vínculos”<sup>74</sup>.

Esta caracterización de la Judicatura no pretende definirla como una institución social homogénea. En el ámbito judicial han existido, desde sus orígenes, grupos y facciones que se diferencian entre sí. Pero estas distinciones a las que se han apelado generalmente no se han sostenido con argumentos que reconozcan diferencias de índole partidario.<sup>75</sup> Sostiene Sarabayrouse que “la prohibición de todo tipo de afiliación o actuación en partidos y agrupaciones políticas ha colaborado en esta dirección, y ha hecho que muchos de los integrantes de la justicia hayan traducido esta prohibición como la imposibilidad absoluta de tener afinidades en cuestiones políticas. Este hecho permitió observar que el eje divisorio entre las diferentes facciones, históricamente, ha respondido a tradiciones doctrinarias y/o a lealtades surgidas a raíz de los nombramientos y formas de ingreso a la justicia, atravesadas -en varias oportunidades- por afinidades ideológico-partidarias (no siempre declarables). Estos grupos extienden sus relaciones por fuera del ámbito estrictamente judicial, conformando una auténtica *familia judicial*.”<sup>76</sup>

Por su parte Eugenio Zaffaroni también sugiere que esa supuesta “apoliticidad” de la Judicatura encuentra su razón de ser en el temor a la “partidización”, como el tipo de influencia política que él asimila a una “patología institucional”: la “parcialización”<sup>77</sup>. En este caso también se trata de someter la composición de la Judicatura de manera corporativa a las directivas de determinados grupos de poder cancelando la dimensión democrática de la estructura judicial<sup>78</sup>. Zaffaroni se apresura a aclarar que el “justificado rechazo de la partidización ha sido manipulado como rechazo de la politización misma y confundido con ella<sup>79</sup> (...) fortaleciendo la imagen de un inconcebible poder no político del estado, detrás de la que se halla la torturada imagen del juez aséptico al que se considera un inimputable político; o sea que se ha manipulado la partidización para propugnar un apoliticismo del juez que siempre implica una política judicial bien conocida y por cierto no precisamente democrática ni republicana”<sup>80</sup>

<sup>73</sup> Cfr. Sarabayrouse Oliveira, María J.; op.cit. versión electrónica [www.naya.org](http://www.naya.org).

<sup>74</sup> Della Porta, Donatella; *Partidos Políticos y corrupción. Reflexiones sobre el caso italiano*; en Revista Nueva Sociedad, N°145, Caracas, 1996; citado por Pegoraro, Juan S.; “La corrupción como cuestión social y como cuestión penal”; *Revista Delito y Sociedad*, N°13, Buenos Aires, 1999, pág. 20.

<sup>75</sup> De allí que la pretendida apoliticidad se agote en las dimensiones electoral y político-partidaria.

<sup>76</sup> Cfr. Sarabayrouse Oliveira, María J.; op.cit. versión electrónica [www.naya.org](http://www.naya.org).

<sup>77</sup> Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raul; *Estructuras Judiciales*; Ediar; Buenos Aires; 1994, págs. 115 y ss.

<sup>78</sup> Y de las otras estructuras si tomamos en cuenta el intenso tráfico de influencias en el intercambio de personal entre las distintas agencias gubernativas, amparadas precisamente en esa falta de transparencia y que se intensificó a partir de los períodos burocrático-autoritarios. Ver: Guillermo O'Donnell; *Autoritarismo Burocrático, Argentina 1966-1973*, Editorial de Belgrano, 1996. Una interesante investigación periodística del caso argentino se encuentra en *Hacer la Corte* de Horacio Verbitsky.

<sup>79</sup> Para Zaffaroni “muchos autores señalaron que politización significa arbitrariedad, porque el juez se aparta decididamente de la solución normativa y decide conforme a su propia solución política. Si bien esto implicaría un abuso del poder judicial, no concreta la idea que usualmente se maneja al criticar la politización (...)” es decir que cuando los legos o los autores hablan de “politización” se estarían refiriendo en realidad a “parcialización” por presiones corporativas. Cfr. Zaffaroni; op.cit. pág. 113.

<sup>80</sup> Zaffaroni, Eugenio Raul; op.cit. pág. 114.

Lo expuesto sugiere la expansión en los espacios institucionales de las presiones que las fracciones -en clave de Zaffaroni- ejercen para la designación, ascenso o remoción de los funcionarios de la Judicatura; así, poco importa que un juez comparta o no los intereses de la fracción de que se trate -aunque en América Latina la generalidad de los casos involucra fracciones autoritarias-, porque la parcialización tiene lugar precisamente en la existencia de una relación de sometimiento o dominio hegemónico de un sector sobre el aparato institucional. Si el juez llega al extremo de ser un partidario de la fracción dominante es un dato coyuntural, porque lo decisivo es que depende de la cúpula dirigente, o de la estructura vertical por ella dispuesta, para su nombramiento, sostenimiento o perspectivas de ascenso.<sup>81</sup> Así, es dable suponer que en una estructura judicial verticalizada y autoritaria “se designa a cualquier oscuro abogado por sus vinculaciones políticas o profesionales, familiares, sociales, etc.”<sup>82</sup>.

Podemos esperar que, con estas características organizacionales sobreinstitucionalizadas, nuestro modelo actual de Judicatura resulte ajustable al observado por Perfecto Andrés Ibáñez: “Este sistema de selección, de tan rancia ejecutoria entre nosotros, está asociado a un dudoso modelo de juez y a una opción organizativa y cultural de la magistratura que deja bastante que desear. En efecto, uno y otra responden a la concepción napoleónica de la administración de justicia, articulada de una forma piramidal, cuyo vértice se integra en el poder ejecutivo a través de una elite judicial designada políticamente: las viejas cortes o tribunales supremos, con relevantes funciones de control ideológico, por la vía del *gobierno de la carrera*. En semejante contexto, el juez, siempre *marcado* de cerca por el superior jerárquico, que dispone de sus expectativas de promoción, es concebido como un dispensador mecánico, de respuestas codificadas (...). Es así como se explica el sentido y la función de la Escuela Judicial entre nosotros durante la segunda mitad del siglo pasado. Un centro, no de formación, sino de confirmación de profesionales que sólo precisarían del aprendizaje de algunas rutinas burocráticas”<sup>83</sup> y de allí que este autor justifique los reproches dirigidos a los jueces por su ritualismo vacío, exceso de burocratización, hermetismo del discurso, dificultades de comunicación, etc.; todas pautas que, más que expresivos de alguna patología ocasional, tienen ciertamente que ver con el aludido estereotipo celosamente reproducido y cultivado en el transcurso de su historia institucional<sup>84</sup>.

Otro autor, Luis Pásara, también recurre al trayecto histórico institucional de nuestras sociedades civiles para explicar la fragilidad de nuestras democracias a partir de las pautas informales -y autoritarias- de distribución del poder; cuando afirma que “en América Latina, los órganos judiciales han desempeñado, en términos generales, un papel poco relevante para el funcionamiento democrático (...). Durante los regímenes autoritarios, los jueces dejaron de sancionar de acuerdo a la ley las violaciones sistemáticas de los Derechos Humanos (...). Durante los regímenes democráticamente elegidos, los jueces tendieron a representar uno de los baluartes del conservadurismo social, salvo que presiones económicas o políticas indujeran una decisión judicial de signo distinto (...). En la mayor parte de la región, el llamado Poder Judicial ha adoptado un perfil institucional mas bien discreto. Incapaz de ejercer un control legal efectivo sobre fuerzas políticas y

<sup>81</sup> Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raul; op.cit. pág. 117.

<sup>82</sup> Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raul; op.cit. pág. 118.

<sup>83</sup> Ibáñez, Perfecto Andrés, “¿Qué modelo de juez?”, en sitio electrónico de la Organización Jueces para la Democracia. [www.juecesdemocracia.es](http://www.juecesdemocracia.es)

<sup>84</sup> Cfr. Ibáñez; Perfecto Andrés; *ibid.*

económicas -o *militares*-, el juez ha ocupado claramente un lugar bastante más reducido que aquél que le aparece adjudicado en los textos constitucionales (...). De allí que, en términos generales, la institución haya recibido poca atención de las fuerzas conservadoras en razón de que la aquiescencia judicial les ha estado relativamente garantizada y de las fuerzas transformadoras, debido a que el cambio de jueces y justicia no parecía relevante ni factible.”<sup>85</sup>

Hasta un enfoque más ligado a los estudios gerencialistas, propios de la Administración Pública, coincide en el diagnóstico sobre el sesgo informal que identifica al fundamento sociopolítico de la Judicatura. Partiendo de su análisis para el caso argentino, el politólogo de la Universidad de San Andrés, Carlos Acuña, trasciende la mera insuficiencia gubernativa del Poder Judicial en términos de lo que él denomina “politización” de los conflictos, desactualización normativa e insuficientes recursos y capacitación; para señalar finalmente las características burocráticas, pero sobre todo excluyentes, del modelo judicial: “La centralización jerárquica de las decisiones judiciales y su dependencia frente a los otros poderes, produjo un sistema judicial dependiente y con un alto poder concentrado en pocas manos, lo que generó tanto el clientelismo dentro del propio Poder Judicial, como una provisión de justicia excluyente hacia aquellos actores sin capacidad de influencia política o sin importantes recursos como para neutralizar las ineficiencias y costos del sistema local. La igualdad ante la ley se constituyó en mera declaración frente a poderosos que encontraban la posibilidad de *correr* de los tribunales locales sus disputas (ya sea a otros espacios de decisión, como el Ejecutivo, ya sea a otros tribunales, como los extranjeros) o, simplemente, en la posibilidad de influir (por corrupción o por contar con recursos para actuar dentro de un sistema oscuro y lento) las decisiones judiciales. Los cortes sociales propios de América Latina sólo abonaron y profundizaron una tendencia hacia la exclusión, ya presente en la propia operatoria del Poder Judicial (...) en definitiva es el propio Poder Judicial el que establece legitimidad jurídica a la apropiación ilegal del poder y a la legalidad que surge de regímenes autoritarios.”<sup>86</sup> Como podemos ver, un especialista de la Administración Pública también pone atención en una práctica particularista que precede -como institución informal- a los regímenes burocrático-autoritarios para concluir en la clara necesidad de una profunda reforma judicial en América Latina<sup>87</sup>.

En un enfoque interdisciplinario, no sólo la Ciencia de la Política podría hablar desde su teoría de las elites para señalar los evidentes signos de corporativismo, de apelación a las jerarquías, de grupos de presión y de justificación desde el remanente burocrático autoritario; también la Antropología Política respaldaría con fuerza propia las formulaciones de Tiscornia y Sarrabayrouse al señalar que “esta particular lógica de

---

<sup>85</sup> Pásara, Luis, “Justicia y ciudadanía realmente existentes”, en *Política y Gobierno*; volumen IX, N° 2; México, 2002, p. 362. Disponible sólo lectura en el sitio de la Biblioteca Jurídica de la UNAM (Universidad Nacional Autónoma de México). El subrayado es nuestro.

<sup>86</sup> Acuña, Carlos H., “La dinámica político-institucional de la reforma judicial en Argentina”, Panel “Las Reformas de Segunda Generación y su impacto sobre el buen gobierno: Experiencias comparadas de Argentina y México en los últimos veinte años” en el marco del VII Congreso Internacional del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo CLAD; Lisboa, Portugal; 8-11 Octubre de 2002. Disponible en el sitio electrónico [www.clad.org.ve](http://www.clad.org.ve), págs.4 y ss.

<sup>87</sup> En el caso de los juzgados federales en Argentina, éstos arrastran estructuras cuya génesis se encuentra en la década de los años veinte. Cfr. Acuña, Carlos H.; op.cit., págs. 6 y ss.

funcionamiento del Poder Judicial no es propiedad exclusiva del período dictatorial<sup>88</sup>: fue sobre esta lógica que se montaron los cambios producidos en el poder judicial a partir del golpe militar (...) y es esta lógica la que actualmente sigue operando”<sup>89</sup>. Sin cuestionar la eventual idoneidad de quien desempeña un cargo, por el sólo hecho de haber sido designado por tráfico de influencias corporativas, el debido interés está puesto en la indagación sobre la dimensión que adquieren las “deudas” generadas por la “prestación de favores” y sobre el tipo de relaciones que fundan y que O’Donnell resume como herramienta conceptual para el análisis político como “particularismo”<sup>90</sup>.

Resumiendo<sup>91</sup>, en los regímenes políticos subdesarrollados que nos ocupan (las poliarquías latinoamericanas) con un sistema de clases pronunciadamente estratificado, el circuito social familiarizado en la conformación de la elite política (de la que surge la composición de la Judicatura) presenta los rasgos de una verdadera casta gobernante en los menos democratizados<sup>92</sup>. En otros, donde la modernización política ha penetrado desde hace más tiempo (o con más fuerza) y procurado institucionalizarse, aparece un cuadro de circuitos de elites sociales dividido o con tendencia a la heterogeneidad, formada por sectores que podríamos caracterizar como progresistas y otros sectores marcadamente retardatarios<sup>93</sup>.

Sin embargo, en un nivel macropolítico, los procesos de reforma se inscriben en aquellos movimientos que denominamos “procedimientos democráticos en expansión”<sup>94</sup>, de modo que es el mismo desarrollo político (o modernización) el que conduce a una transformación gradual hacia situaciones y oportunidades menos discriminatorias y más igualitarias. Es de esperar que a la tradicional elite adscriptiva le suceda una “circulación de estratos” medios e inferiores por el mismo carácter más o menos dinámico de los

---

<sup>88</sup> Zaffaroni también advierte la larga duración de la “dependencia servil” a la que se someten los judiciales constituyendo una tendencia histórica que precede y sobrevive a la llamada “doctrina de la seguridad nacional”. Cfr. *Estructuras Judiciales*; op.cit., pág. 102.

<sup>89</sup> Cfr. Tiscornia, Sofía y Sarrabayrouse, María J., “Los gritos del silencio”, en *Encrucijadas*, Universidad de Buenos Aires; N°11, Buenos Aires; 2001, citadas por Sarrabayrouse Oliveira, María J.; op.cit. versión electrónica [www.naya.org](http://www.naya.org).

<sup>90</sup> Para Pegoraro “no serían actos o conductas autónomas sino conductas que responden a una organización verticalizada, unida por la disciplina y la pertenencia a un grupo de la sociedad, a *facciones* e incluso a *príncipes dentro del reino*. Esto explicaría el continuo reciclaje de los funcionarios como capacidad de los grupos de perpetuarse en el poder por medio de un sin fin de tácticas y estrategias de cooptación, inclusión negociación, coparticipación, neutralización, o exclusión y hasta eliminación”. Cfr. Pegoraro, Juan S., “La corrupción como cuestión social y como cuestión penal”, en *Revista Delito y Sociedad*, N°13, Buenos Aires, 1999, pág. 19.

<sup>91</sup> Si bien el aporte de Sarrabayrouse refleja el caso argentino, los estudios ofrecidos por los otros autores utilizados en esta sección de la monografía (p.e. Garth, O’Donnell, Pásara, Jaguaribe, Gunther, etc.) otorgan evidencia suficientemente autorizada -por lo menos teórica- para hacer extensivo este análisis para el resto de los países de la región.

<sup>92</sup> Cfr. Scott, Robert E., “Las elites políticas y la modernización política en América Latina”, en *Elites y desarrollo en América Latina*, Paidós; Buenos Aires, 1971, citado por Melo, Artemio Luis; op.cit., pág. 285.

<sup>93</sup> Cfr. Jaguaribe, Helio, *Desarrollo político, sentido y condiciones*, trad. De Floreal Mazia, 1ª edición, volumen II, Paidós; Buenos Aires, 1972; citado por Melo, Artemio Luis; op.cit., pág. 285.

<sup>94</sup> Movimientos que pugnan por una apertura que torne viable un mayor grado de movilidad ascendente al interior de la institución ampliando su base de legitimidad suelen ser generados inicialmente desde el exterior del ambiente por organizaciones no gubernamentales surgidas de la dinámica expansiva de la sociedad civil. Un claro ejemplo en el caso europeo continental es el originado en el interior mismo del ambiente, mediante el establecimiento de asociaciones profesionales de magistrados: *Jueces para la democracia* (España); *Magistratura democrática* (Italia) o el *Syndicat de la magistrature* (Francia). Cfr. Horvitz Lennon, María Inés; *Introducción al Módulo II*; Diplomado Internacional Estado de Derecho y Reformas a la Justicia; Universidad de Chile - Universidad de Heidelberg; Santiago de Chile; mayo-noviembre de 2004, pág.15.

procesos sociales y del político en particular<sup>95</sup>; en especial cuando una oportunidad de reforma es aprovechada para generar la tensión suficiente al interior de la institución que se encuentra llegando al límite de su resistencia al cambio (insostenibilidad de privilegios adscriptivos por la pluralización del régimen que hace más visibles esos dominios reservados) y desactivar los dispositivos autoritarios remanentes<sup>96</sup>.

Y en un nivel micropolítico, es a partir del análisis de estas prácticas cotidianas, de estas formas de relacionamientos que se auto-reproducen al interior del aparato de justicia, que podemos llegar a entender cómo funcionan los tribunales y alentar una transformación. En síntesis, como lo sugieren desde la Antropología Política: “no se trata de buscar grandes monstruos sino de reconstruir esos procedimientos poco espectaculares, grises y rutinarios para lograr comprender las formas en las que se manifiesta el poder y cuáles son sus consecuencias (...). La banalidad del mal no necesariamente necesita de un estado nazi para ejercitarse. La transformación de lo monstruoso en banal y por lo tanto en cotidiano es un proceso complejo que, como lo advirtiera Max Weber, puede ser la cara inhumana de los sistemas burocráticos legales-racionales.”<sup>97</sup>

## 2.2 Los requisitos estratégicos de la reforma en entornos informales.

Corresponde referirnos a las herramientas disponibles para hacer frente al desafío planteado en las secciones precedentes, teniendo en cuenta que en nuestra región el déficit que más pesa a la hora de la reconstrucción institucional formal-democrática es la relativa ausencia de voces en el seno de la sociedad civil en la forma de *accountability* horizontal<sup>98</sup> público-no-estatal (organizaciones no gubernamentales, asociaciones civiles, etc.); si bien en algunos casos nacionales como el argentino, el protagonismo de la ciudadanía parece haber comenzado a motorizar algunas transformaciones -o al menos importantes reflejos de ellas- a partir del contexto de la crisis que se desató a partir de Diciembre de 2001. El análisis de esos casos nacionales nos permite reconocer la complejidad a la que nos enfrentamos una vez que los procesos de reformas abandonan el estado de diseño técnico propio del laboratorio aséptico, para pasar a confrontar con las “barricadas” que, dispuestas en cada corporación, ofrecen férrea resistencia. Y así “principios tan caros como el de la autonomía judicial para el fortalecimiento y profundización de la democracia se pueden tornar en poderosos recursos de estrategias oligárquicas o rentísticas con demasiada facilidad, como en Argentina o Brasil”<sup>99</sup>; por otra

---

<sup>95</sup> Es la comprobación que Vilfredo Pareto formulara como “la circulación de las élites”. Cfr. Artemio Luis Melo, “Teoría de la Clase Política o Dirigente”, en *Compendio de Ciencia Política*, volumen I (Teoría Política), Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983, pág. 268.

<sup>96</sup> Zaffaroni sostiene que “aunque no necesariamente toda democracia estructura un poder judicial completamente acorde con ella, en la medida en que la misma se profundiza y perfecciona el poder judicial también se pluraliza, mediante una estructura que permite que en su seno convivan personas con disparidad interpretativa, que se produzca el debate interno, que operen las tensiones propias de los diferentes modos de concebir al mundo y al derecho”. Cfr. Zaffaroni, Eugenio R.; *Estructuras Judiciales*, op.cit., p.110.

<sup>97</sup> Cfr. Tiscornia, Sofía y Sarrabayrouse, María J., “Los gritos del silencio”, en *Encrucijadas*; Universidad de Buenos Aires; N°11, Buenos Aires; 2001; citado por Sarrabayrouse Oliveira, María J., op.cit. versión electrónica en [www.naya.org](http://www.naya.org).

<sup>98</sup> Cfr. O'Donnell, Guillermo, “Accountability Horizontal”, op.cit., págs. 5-34.

<sup>99</sup> Es el caso de “la promoción de una autodefinition privilegiada y arcaica” de la corporación judicial y su misión, sin *accountability* ante los otros poderes del Estado y la sociedad: Brasil fue un claro ejemplo cuando su Poder Judicial obtuvo un alto grado de autonomía en relación con el Ejecutivo y el Congreso, pero no se observó ningún avance en su desempeño (por lo general extremadamente pobre). Por el contrario, el Poder



parte, reformas puntuales sin encarar el problema en forma integral, no son neutras sino muchas veces negativas (como la promoción de un mayor acceso a las cortes sin mejorar su eficiencia); finalmente, la integralidad de la reforma debe contemplar piezas claves del sistema “contextual” a la provisión de justicia pues, así como mayor autonomía judicial es impensable sin importantes cambios en el propio Ejecutivo, tampoco la provisión de justicia variará demasiado si las fuerzas policiales no sufren modificaciones importantes en su organización y lógica de funcionamiento, en una dirección que, como advierte Frühling, debe ser acorde a la reforma misma.<sup>100</sup>

Acuña también señala que “la complejidad político-institucional de la temática no encuentra suficiente reconocimiento aún en la mayor parte de la literatura, en las recetas técnicas o en el diseño de estrategias que apuntan a las reformas judiciales; como también la menor participación de actores de la sociedad civil (en términos de asignación de prioridad e inversión de recursos tanto en los ámbitos domésticos como en los internacionales), en la demanda e implementación de reformas judiciales, comparada con la participación *esperable* en función de la relación que caracteriza a una mejor provisión de justicia con los intereses colectivos de la ciudadanía”<sup>101</sup>.

Nosotros creemos que los desafíos planteados por la expansión de la corriente punitiva y por la intromisión de las AMC’s en las políticas domésticas de contextualización institucional (que de ninguna manera pueden agotarse en su fase técnica), obviamente requieren del esfuerzo político de los actores responsables de la gobernabilidad, por tratarse de esferas de dominio interno relacionadas -en términos de productos o subproductos- con el actual despliegue de poder de determinados actores en el sistema internacional; razón por la cual, sería inoportuno hacer aquí propuestas de transformación a partir de esas circunstancias identificadas como riesgos en la sección 1.

El desafío considerado en este trabajo, en cambio, surge de la intimidad compartida por los procesos históricos de nuestros países: instituciones informales y pautas de comportamiento autoritarias que, a largo plazo, disminuyen la calidad de la democracia deslegitimándola. La pervivencia de todas estas relaciones primitivas (de estados impuros a estados más puros de exclusión: patrimonialismo, particularismo, clientelismo, clasismo, racismo, etc.) ya resultan inoportunas para regímenes que aún se encuentran en transición y, al mismo tiempo, mucho más peligrosas al combinarse con los otros dos productos de gestión jurídica a los que denominamos riesgos y cuyo efecto “colateral” suele experimentarse a diario en los niveles de conflictividad tanto abierta como solapada. El desconocimiento formal de estas condiciones sí merece nuestra atención y es sobre ellas que debemos generar alguna propuesta de intervención. Y es que sin considerar a esos riesgos “nuevos”, la estructura particularista y autoritaria del sistema judicial *per se* implica y perpetúa un tratamiento desigual a los individuos o grupos;

---

Judicial usó esa autonomía para asignar a los jueces y su personal salarios exageradamente altos y, en especial, en el caso de las cortes superiores y ciertas cortes estatales, enormes privilegios. Cfr. O’Donnell, Guillermo, “Accountability Horizontal”, op.cit., pág. 28.

<sup>100</sup> Cfr. Frühling, Hugo, “Judicial Reform and Democratization in Latin America”, citado por Carlos Acuña: “La dinámica político-institucional de la reforma judicial en Argentina”; presentado en el Panel “Las Reformas de Segunda Generación y su impacto sobre el buen gobierno: Experiencias comparadas de Argentina y México en los últimos veinte años”, en el marco del II Congreso Internacional del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo CLAD; Lisboa, Portugal; 8-11 Octubre de 2002. Versión disponible en el sitio electrónico [www.clad.org.ve](http://www.clad.org.ve), pág.17.

<sup>101</sup> Acuña, Carlos H.; op.cit., p. 17.

generando persistentes y sistemáticos desequilibrios de poder en la sociedad, la política y la economía.

El trabajo de diagnóstico pretendió indicar que el hecho de que algunas poliarquías tengan estructuras gubernativas informalmente institucionalizadas tiene consecuencias importantes. Y la estructura que nos ocupa en este caso es la de la Judicatura y, dentro de ella, el desdibujamiento de los límites entre las esferas pública y privada que obstruye seriamente un aspecto que es crucial en las poliarquías formalmente institucionalizadas que tanto admiramos y tomamos de ejemplo: la *accountability*. Y para ser más específicos, de lo que se carece en las Judicaturas es de la capacidad para hacer efectiva la dimensión horizontal de la *accountability*: El control mutuo entre iguales para superar la gran brecha existente entre reglas formales y funcionamiento institucional real; brecha que, por lo demás, guarda más afinidad con concepciones y prácticas delegativas, no representativas, de las estructuras gubernativas. Probablemente se deba a que, entre los latinoamericanos, los residuos del cesarismo plebiscitario propios de los ejecutivos autocráticos sean aún muy acentuados entre los mismos grupos encargados de renovar, mediante la rotación de las elites, las bases mismas de la herencia estructural burocrático-autoritaria. Si es así, no sólo las crisis económicas o el desempleo creciente constituirían un serio problema; las viejas concepciones *völkischen* y antiindividualistas de la política y sus prácticas resultantes conforman una condición muy hostil a la institucionalización política formal. Como advierte Guillermo O'Donnell “de acuerdo con esta visión (...), los tribunales y las agencias estatales de control son estorbos interpuestos al apropiado desempeño de las tareas que han sido delegadas al ejecutivo por el electorado (...) como consecuencia, el particularismo tiende a reinar (...) se atenúa aún más la frontera público/privado creándose enormes tentaciones para la corrupción.”<sup>102</sup> En los países que iniciaron sus procesos democratizadores en condiciones de aguda desigualdad, esta falta generalizada de controles y transparencia en las estructuras protege y realimenta viejas prácticas autoritarias que exacerbaban los ya fuertes sesgos en términos de influencia a favor de los intereses mejor organizados y económicamente poderosos.

Creemos pertinente la intervención pública sobre las pautas de comportamiento antidemocrático en la estructura institucional. El ritmo y la seriedad de una reforma depende en gran medida de una serie de factores generales, incluyendo las presiones de índole cultural sobre las que discurrió esta monografía: pautas heredadas de paternalismo, corrupción, burocracia y centralismo. Es lógico que en términos de costos y beneficios de la reforma, las personas que se encuentran en posición de hacer cambios se vean con frecuencia a sí mismos como los perdedores de la reforma. Pero, inevitablemente, ésta debe buscar respuestas sobre esos nichos internos responsables de la actual inercia institucional que generan los propios agentes con sus prácticas informales cuando no corruptas. Vencer esta inercia requiere no sólo anular la acción de los interesados en defender sus privilegios, sino conquistar el apoyo de aquellos segmentos que aún se consideran neutrales. “Una reforma efectiva requerirá de un cambio de mentalidad, así como un cambio significativo en la administración de justicia. Una reforma completa tomará generaciones, pero en el ínterin los efectos serán sentidos por todos, incluyendo a la propia comunidad legal.”<sup>103</sup>

---

<sup>102</sup>O'Donnell, Guillermo, “Otra institucionalización”, cit., págs. 23 y ss.

<sup>103</sup> Buscaglia, Adolfo: “La reforma judicial en América Latina: marco de trabajo para el desarrollo nacional”, en *Revista Occidental*, año 12, N° 3, Tijuana, 1995, págs. 303-340. Disponible en [www.clad.org.ve](http://www.clad.org.ve).

En la producción académica, y en el específico ámbito de la transformación estructural, uno de los esfuerzos más voluntariosos estuvo delineado por la intención de fomentar los cambios mediante dispositivos político-administrativos propios de los países que encaran un proceso transicional; entre los que encontramos<sup>104</sup>: remoción de jueces comprometidos con regímenes autoritarios; contratación de juristas en puestos clave; democratización en la designación de jueces; evitar su reelección; mandatos escalonados para permitir la renovación constante de la Judicatura; evitar el carácter vitalicio en las designaciones; y sobre todo el establecimiento de programas de capacitación y exámenes periódicos de carácter obligatorio, pero en el marco de instancias académicas no sólo no corporativas sino interdisciplinarias. Corresponde esta última aclaración porque haciendo un paralelismo podríamos decir que, así como están los que creen que el cambio está dado por la aprobación de una ley (“optimismo legal”), desde una perspectiva del “optimismo pedagógico”, tendríamos la convicción ilusoria que el paso de los operadores por un programa de capacitación garantizaría un cambio. Y precisamente, en consonancia con lo abordado por nuestra monografía, debemos advertir sobre la escasa o nula preocupación por los procesos informales de capacitación que los operadores reciben, también informalmente, en el ámbito institucional en el que se desempeñan; sobre el aislamiento de la capacitación respecto de los espacios de poder dentro de la institución que redundan en una baja incidencia como espacio promotor de cambios y sobre la tendencia endogámica como modalidad de respuesta defensiva hacia “el afuera”<sup>105</sup>.

Por su parte, Zaffaroni advierte que desde las universidades no se está investigando lo suficiente sobre el Poder Judicial, y “menos se teoriza acerca de él; se enseña derecho con buen nivel jurídico, se enseña cómo decidir pero no se analiza quién es el que toma las decisiones: ahí está el agujero teórico. Se discuten las estructuras de los sistemas parlamentarios, semiparlamentarios, presidencialistas, electorales y demás, pero no existe un derecho político del Poder Judicial. Mucho menos se abordan los que deberían ser los principios de una política judicial. Esto no debería ser sólo una cuestión de juristas; es una tarea interdisciplinaria para abordar con politólogos, porque es una cuestión de ingeniería institucional: cómo reformamos el Poder Judicial para evitar la hegemonización, cómo armamos una ingeniería de pesos y contrapesos”.<sup>106</sup>

Y, para concluir, sobre la importancia de este desafío democratizador del Poder Judicial en términos académicos, Binder señala que “América Latina debe construir una nueva teoría política sobre lo judicial. No ha sido una preocupación teórica prioritaria desde las ciencias políticas, y desde el derecho constitucional no se ha profundizado lo suficiente. Construir una teoría política de la justicia en democracias pobres no es sencillo, mucho menos sencillo si se busca integrar el aparato conceptual de varias disciplinas y se

---

<sup>104</sup> Horvitz Lennon señala que “Zaffaroni destaca el gobierno plural, el voto igualitario de todos los jueces para participar en el gobierno judicial, la desjerarquización administrativa de los colegiados, formas de participación directa de la ciudadanía, publicidad de las actuaciones, oralidad, supresión de los secretos, pluralización nominativa del tribunal constitucional como objetivos que debieran producir un nuevo perfil de juez, más independiente y más integrado a la sociedad civil, esto es un juez ciudadano”. Cfr. Horvitz Lennon; María I. En *Introducción al Módulo II*, op.cit., p. 11.

<sup>105</sup> Cfr. Marensi; Inés; “Un nuevo enfoque pedagógico para la capacitación judicial en América Latina”, en *Revista Sistemas Judiciales*; CEJA Centro de Estudios de la Justicia de las Américas; N°1; 2001; disponible en el sitio electrónico [www.derechosociedad.org.ar](http://www.derechosociedad.org.ar)

<sup>106</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl: “Mirada política y pensamiento jurídico”, en *La Plata en marcha*; entrevista en el sitio electrónico. [www.ajudicial.org.ar/reforma/tres.html](http://www.ajudicial.org.ar/reforma/tres.html)

intenta eludir las trampas teóricas de la reificación o la personificación del poder<sup>107</sup>. Según este autor “Urge reflexionar sobre lo judicial como un espacio en el que concurren, disputan o se equilibran distintas fuerzas sociales; espacio en donde se organizan e interactúan diversas instituciones, tanto públicas como privadas *-tanto formales como informales-* (...) es necesario asignar verdaderas finalidades políticas a la administración de justicia, abandonando las formulaciones genéricas o los ideales puramente morales. (...) Deberíamos, también, tener mayor capacidad para explicar los procesos políticos internos dentro del espacio judicial, así como la integración de lo judicial en el marco general de los problemas de gobierno y su eficacia<sup>108</sup>. Para Binder, entonces, se hace necesario reformular, y en muchos casos nacionales latinoamericanos aún asignar, un lenguaje político para el Poder Judicial para permitir explicar lo concerniente a los modos de acumulación de poder propios de la Judicatura.

También en terreno, numerosas son las voces que reclaman accionar concretamente sobre el modelo de juez; poner en crisis su imagen de neutralidad como mero ejecutor de la norma y promover en cambio el modelo de un juez no sólo creador, sino también transdisciplinar, “que no se desentienda de las consecuencias de sus sentencias<sup>109</sup>, permeable a la complejidad y absolutamente libre del autoritarismo externo pero por sobre todo: libre del autoritarismo corporativo al interior de la estructura judicial, porque en definitiva “un juez no es parcial porque tenga una filiación política, sino porque depende para su nombramiento, permanencia, promoción y remoción de un partido político o de un grupo de poder. Cuando una estructura judicial garantiza el pluralismo evitando esta dependencia, en el marco de una democracia con libertad de expresión y de crítica, el control público de la actividad judicial se facilita, pues cualquier parcialidad será más fácilmente observada y denunciada por los grupos de diferente opinión en lo interno y por la opinión pública en general<sup>110</sup>.”

### 2.3 Agendas y actores<sup>111</sup>

Finalmente corresponde identificar, de manera no taxativa, a los responsables del proceso de transformación institucional. Los criterios para definir a los actores intervinientes voluntaria o involuntariamente pueden ser múltiples. En sintonía con el perfil de esta monografía diremos que, en una institucionalidad a la que hemos catalogado como entorno frágil, el actor más relevante a la hora de proyectar propuestas de transformación institucional no puede ser otro que aquél cuyas metas y desempeños concretos se encuentran delimitados tanto en la fase agonal como en la fase arquitectónica de la acción política plenaria: la sociedad civil. Es en su seno en donde se despliegan las causas fundamentales del particularismo y de otros fenómenos -aún más primitivos- propios de las poliarquías informalmente institucionalizadas. Es que en

---

<sup>107</sup> Binder, Alberto: *Entre la democracia y la exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual*; INECIP; Buenos Aires, 2001. Disponible en el sitio electrónico de INECIP. [www.derechoysociedad.org.ar](http://www.derechoysociedad.org.ar)

<sup>108</sup> Binder, Alberto M; op.cit. (el subrayado es nuestro).

<sup>109</sup> Cfr. Zaffaroni, Eugenio R.; op.cit., págs.115 y ss.

<sup>110</sup> Cfr. Zaffaroni, Eugenio R.; op.cit., p.118.

<sup>111</sup> Para el análisis de los actores y sus proyecciones políticas seguimos la tipología ofrecida por Carlos Acuña, politólogo de la Universidad de San Andrés, en su trabajo “La dinámica político-institucional de la reforma judicial en Argentina” presentado en el Panel: Las Reformas de Segunda Generación y su impacto sobre el buen gobierno: Experiencias comparadas de Argentina y México en los últimos veinte años, en el marco del II Congreso Internacional del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo CLAD; Lisboa, Portugal; 8-11 Octubre de 2002, disponible en el sitio electrónico [www.clad.org.ve](http://www.clad.org.ve)

algunos casos nacionales hasta el clasismo y el racismo continúan bloqueando - manipulando criterios pretendidamente meritocráticos- la movilidad social y el acceso generalizado a las esferas públicas; siendo la Judicatura un espacio en el que la brecha de oportunidades entre segmentos sociales es muy significativa.

Como es de suponer, la discriminación social no es un problema solucionable en el corto plazo para ningún país latinoamericano; pero la ausencia absoluta de democracia - que se nutre en buena medida de aquella pauta cultural primitiva- en la Judicatura es susceptible de ser intervenida exitosamente por políticas públicas realistas (que sean apropiadas para el escenario sobre el que deberán instrumentarse) y sobre todo pluralistas, es decir conectadas con todos los actores que hacen al medio social; sin perjuicio de la responsabilidad que le cabe a los actores no estatales en la reproducción sistémica de esa debilidad social.

Además del actor estatal y sus productos (las políticas públicas) que deberán intervenir en espacios donde existen aún pautas totalmente impropias de una poliarquía (incluso institucionalizada informalmente) como las señaladas más arriba, Acuña también advierte que los criterios de definición de los actores a veces muestran intersecciones y, otras, nos remiten a actores que se organizan y trabajan en áreas que constituyen subconjuntos del área de interés cubierta por otros actores. De allí que las superposiciones de funciones y de prioridades temáticas son ineludibles en la clasificación.<sup>112</sup>

A efecto de ilustrar nuestro análisis, puede ser útil la tipología que Acuña estableció para el caso argentino. Veamos entonces, muy sucintamente, la clasificación que nos ofrece el autor:

- 1) actores sociales no corporativos: para estos actores, aspectos como el mejoramiento del funcionamiento y autonomía del Poder Judicial, o bien aparecen como marginales a sus prioridades, o bien van acompañados por riesgos difíciles de resolver (como por ejemplo, que una mayor autonomía redunde en una maximización de intereses corporativos más que en una postura de mayor ética y eficiencia). Entre estos actores se ubica todo el espectro de ONGs; como las principistas (p.e. Derechos Humanos); las temáticas (p.e. asociaciones de abogados centrados en lo judicial, donde la temática de la reforma judicial se mezcla con ciertos intereses corporativos); universidades y centros de investigaciones.
- 2) actores sociales corporativos: para los que, o bien la demanda de reforma no se termina por constituir en presión para evitar conflictos, o por contemplar otras prioridades (como puede ser el caso del empresariado) o bien el ideal de un “buen funcionamiento” queda articulado con una dinámica difícil de neutralizar como lo es la utilización de la autonomía, no para controlar a los otros poderes o asegurar un acceso mayor y más equitativo a la justicia, sino para maximizar beneficios apropiándose de rentas (como es el caso de los jueces o el personal judicial). Estos actores son las asociaciones de jueces y/o abogados (que muestran compromiso e interés en aspectos de la reforma como la autonomía con respecto a los otros poderes, pero claras limitaciones en aquellos aspectos de una reforma que puedan amenazar intereses corporativos como la estabilidad laboral, nivel de ingresos, otros privilegios, etc.) y por último, las organizaciones

---

<sup>112</sup> Cfr. Acuña, Carlos H.; op.cit., p. 13.

corporativas empresariales (que tienden a demandar del Ejecutivo medidas de mejoramiento del Poder Judicial, al punto extremo de convertir en latiguillo la noción misma de “seguridad jurídica” como precondition de un buen funcionamiento de los mercados; aunque sus estrategias suelen evitar los costos de enfrentar resistencias dentro de la propia Judicatura).

- 3) actores paragubernamentales: se trata de los partidos políticos que, en general, no muestran mayor compromiso o motivación con una real reforma judicial más allá del plano declarativo; probablemente porque cuando son oficialistas priorizan los objetivos del Ejecutivo y, cuando son oposición, vislumbran el escenario futuro de constituirse en oficialismo, por lo que una verdadera reforma judicial acotaría su margen de acción. Cabe destacar a los partidos minoritarios que suelen ser portadores de un fuerte carácter “principista” y en consecuencia, tienden a mostrar posiciones más definidas en tanto no cuenten con el caudal de votos o poder político suficiente como para superar un papel de meros denunciadores marginales en el proceso de formulación de políticas públicas.
- 4) actores exógenos: entre los que se encuentran las agencias multilaterales de crédito, agencias de gobiernos extranjeros, etc., que han mostrado mayor consistencia en su intento de influir las reformas judiciales. El interés en las reformas se dispara a principios de la década de los noventa, cuando el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo modifican sus mandatos para acentuar la necesidad de ajustar la gestión pública a los requerimientos de las reformas estructurales. Estos nuevos mandatos de las AMCs fueron consecuencia de la baja *performance* que experimentaban las carteras de préstamos. El mejoramiento que se buscó en la implementación y resultados de los préstamos, se enmarcaba en el proceso de reformas pro mercado que se había generalizado a partir de la década de los años ochenta y profundizado durante el principio de los noventa. Los problemas enfrentados por gran parte de la primera ola de reformas macroeconómicas, llevó a los AMCs a diversificar el carácter de sus préstamos implementando programas denominados de “segunda generación” con el objetivo de asegurar condiciones políticas-institucionales funcionales a la sustentabilidad de las reformas macroeconómicas. Estas reformas de “segunda generación”, perseguían el mejoramiento de las capacidades de gestión pública (*good governance*), rubro dentro del que encontramos al sistema judicial; articulándose así mandatos de transparencia y eficacia con programas de reformas institucionales en un contexto que servía al interés de las mismas AMCs. Mas allá de que las AMCs sigan siendo los actores con mayor influencia y apoyo a las reformas judiciales, a ningún análisis escapa ya el hecho de que sus prioridades siguen siendo la sustentabilidad de las reformas macroeconómicas de “primera generación” y las reformas de mercados (como el laboral, el de salud o el de otros servicios públicos), por lo que el impacto efectivo sobre sus prioridades estratégicas, y por tanto sobre su influencia en los procesos de reforma judicial, es bastante menor al que se podría suponer a partir de sus discursos y documentos.
- 5) actores privados con funciones para-públicas: son los medios de comunicación masiva (como actores privados, poseen en este caso una función ambivalente). Usualmente con claros intereses como grupos económicos, cumplen una función para-pública central en la formación de agenda y control de los actos de gobierno. Sin embargo, en América Latina tienden a mostrar gran concentración y poco control público (estatal y no estatal). Han jugado (y juegan) un importante papel de presión pro reforma judicial (en el estilo editorial) y jaquean el papel de

la justicia cuando (en el estilo crónica) aprovechan casos de denuncia (a veces no muy fundadas) para acompañar conflictos de moda; lo que comporta un riesgo de debilitamiento de las instituciones judiciales al “legitimar” la imagen de su reemplazo por una “justicia virtual”.<sup>113</sup>

Con todo, al analizar los microfundamentos de la reforma -en clave de Acuña-; esto es, al analizar los diversos conjuntos de actores involucrados en el proceso transformador de la estructura institucional (jurídica o política) en el que se ven inmersas nuestras sociedades, se puede concluir que no se evidencia un actor o complejo de actores lo suficientemente fuertes o incentivados o con recursos como para destrabar el fuerte equilibrio de poderes que frena las intenciones de reformas<sup>114</sup>.

### **A modo de conclusión.**

La tendencia democratizadora ha llevado a la transformación de los regímenes latinoamericanos en las últimas décadas. Paralelamente, las tensiones generadas por el proceso de mundialización -como preferimos llamar a la globalización- aunadas a las que provocan la herencia autoritaria y las nuevas formas de pluralidad, perfilan un horizonte de fragilidad en todo cambio institucional, que desafía con fuerza la viabilidad de la gobernanza democrática. La mejora de esta situación dependerá en buena medida del realismo con que entendamos la situación heredada en cada caso nacional latinoamericano. Pero hay una realidad que, aunque las circunstancias hagan difícil reconocer, debemos asumir de inmediato para poder trabajar laboriosamente en ella restituyéndole a la transición un ánimo antiautoritario: en muchos casos los gobiernos civiles post dictatoriales han asumido, en gran parte, el rol de meros administradores de las secuelas estructurales dejadas por intervenciones gubernativas militares. En esos casos, el desafío propuesto por el curso exigente de la historia asumirá tarde o temprano la forma de un acto fundacional, un acto nuevo en clave constitucional. En otros casos, tanto los gobiernos militares como los civiles han heredado sucesivamente enclaves autónomos preexistentes, bajo la forma de actores políticos gubernativos (p.e. Judicatura)<sup>115</sup> o no gubernativos (p.e. corporaciones empresariales no reguladas), regidos por pautas informalmente institucionalizadas que contradicen impunemente nuestro ansiado perfil republicano desafiando a diario el despliegue de las políticas públicas de la democracia.

Por lo demás, vimos que la esterilización política de la Judicatura es una irrealidad desde el momento en que ningún poder del Estado es apolítico. Que la Judicatura no sea una cuestión con entidad de poder, más que una imposibilidad político-sociológica es una imposibilidad antropológica. Y vimos cómo ello se percibe en los márgenes de discrecionalidad de los mecanismos ocultos dentro de la misma institucionalidad.

---

<sup>113</sup> Cfr. Acuña, Carlos H.; op.cit., p. 15.

<sup>114</sup> Cfr. Acuña, Carlos H.; op.cit., p. 16.

<sup>115</sup> Un claro ejemplo de esa autonomía lo encuentra Zaffaroni en Argentina en el hecho de que gobiernos militares solo hayan removido a determinadas cortes dejando intacta la mayor parte de la estructura judicial y en el caso del gobierno constitucional que en 1983 nombró jueces *de jure* a la mayoría de los jueces *de facto* nombrados antes del advenimiento de la democracia. Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl: “La independencia del Poder Judicial en su marco histórico”, en Zaffaroni et al; *El Sistema Penal Argentino*, Editorial Ad-Hoc; Buenos Aires; 1992, p. 38.

Mecanismos que siempre hacen a la forma en que se ordena el proceso de decisión y que definirá, en última instancia, nuestra intensidad como Repúblicas. En nuestras sociedades, esos mecanismos informales están institucionalizados y en su reproducción endógena bloquean por inercia toda oportunidad de innovación institucional, conservando los prerequisites sociales para su funcionamiento y preservando el árbol burocrático que se impone por la fuerza de su parcialidad y cuyos productos (nepotismo, tráfico de influencias, corrupción, etc.) son a todas luces anti-republicanos.

Todo ello hace que aquello que dentro de un Estado de Derecho convenimos en denominar Judicatura, sea en buena medida campo de observación de la Ciencia Política. Y lo es desde su origen mismo, formalizado no en simples normas legales sino en principios y valores que escapan a una interpretación rígida o unívoca, y que ameritan una constante intervención creadora. Y como la concepción del derecho no es unívoca, la Judicatura debe asumirse entonces como parte de esa entidad ardua, equívoca y discutible que es el poder, porque él se construye, nunca viene dado.

Y en el esfuerzo resultará saludable haber entendido sociológica y políticamente el proceso siempre incremental de las transformaciones sociales. En este desafío mucha menos responsabilidad le cabe al Derecho que a la Politología; siempre y cuando esté dispuesta a abandonar la seguridad de las bibliotecas para interpelar de lleno a la sociedad civil, considerada por Hegel como el hogar de la historia. Y ya en el escenario concreto de la ciudadanía, probablemente debamos superar en nuestras propias memorias colectivas e individuales, esa paralizante y profunda impresión de utopía; ésa que para Marcos García de la Huerta deriva de nuestro trauma con lo inalcanzable o lo incompleto, y que está asociado con nuestras experiencias autoritarias, a partir de las cuales toda idea que tenga alguna reminiscencia “utópica” es prematuramente abortada<sup>116</sup>.

En suma, tarde o temprano reconoceremos que las promesas incumplidas de la modernidad, de disolver los poderes ocultos de la sociedad, no podrán ser resueltas tan solo por sistemas jurídicos. En este sentido el sistema jurídico no puede dejar de estar, en los hechos, supeditado a la misma realidad a la que está sometida el resto de nuestra vida democrática. En eso consiste precisamente la deuda de los estudios sociológicos y politológicos: en total consonancia con el vasto estudio del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, sobre la gobernabilidad latinoamericana, intitulado “Hacia una democracia de ciudadanos y ciudadanas” y presentado por el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, Kofi Annan, durante la primera quincena de septiembre en México, resta decir que sólo asumiéndonos como ciudadanos de una República entenderemos que los valores de la libertad, la justicia, la paz, la tolerancia y el pluralismo son respuestas que deben buscarse en el seno de la sociedad civil antes que en su sistema de justicia, que no es más que otro de sus reflejos institucionales.

---

<sup>116</sup> Cfr. García de la Huerta, Marcos: “Pensando la política”, suplemento Artes y Letras; El Mercurio; 13 de junio de 2004.