George Rusche
Otto Kirchheimer



PENA Y ESTRUCTURA SOCIAL



TEMIS

PENA
Y
ESTRUCTURA SOCIAL

GEORG RUSCHE
OTTO KIRCHHEIMER

PENA
Y
ESTRUCTURA SOCIAL

Reimpresión

EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2021



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

© Georg Rusche y Otto Kirchheimer, 2021.
© Editorial Temis S. A., 2021.
Calle 17 No. 68D-46, Bogotá, D. C.
www.editorialtemis.com
correo elec.: gerencia@editorialtemis.com.

Hecho el depósito que exige la ley.

ISBN 958-35-0500-5
2152 200400103400
ISBN e-book 978-958-35-1349-7

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

ÍNDICE GENERAL

PÁG.

Prefacio por Max Horkheimer XI
Prólogo por Thorsten Sellin XIII
Presentación XV
La estructura judicial en América Latina (Roberto Bergalli) XIX
Estructura jurídica y Estado en América Latina (Juan Bustos Ramírez) LI

I

INTRODUCCIÓN 1

II

CONDICIONES SOCIALES Y EJECUCIÓN PENAL
EN LA BAJA EDAD MEDIA

1. "Penances" y penas pecuniarias 7
2. El desarrollo social en la Edad Media 10
3. El derecho penal y el surgimiento del capitalismo 15

III

MERCANTILISMO Y SURGIMIENTO
DE LA PENA DE PRISIÓN

1. El mercado de trabajo y el Estado 27
2. Diferentes etapas en el tratamiento de los pobres 40
3. El surgimiento de las casas de corrección 49

IV

CAMBIOS EN LAS FORMAS DE LA PENA

1. Las galeras 63
2. Orígenes históricos de la deportación de criminales 69
3. La evolución del sistema carcelario 74

PÁG.

V

LA ÉPOCA DEL ILUMINISMO: DESARROLLO DE LA TEORÍA Y EL DERECHO PENAL 87

VI

LA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL: CONSECUENCIAS EN LA POLÍTICA SOCIAL Y PENAL

1. El fin de la política social mercantilista 104
2. El incremento de la criminalidad y sus efectos sobre la teoría y práctica de la pena 114
3. Nuevos fines y métodos en la administración carcelaria 123
4. La nueva actitud hacia el trabajo carcelario 131

VII

ABOLICIÓN DE LA PENA DE DEPORTACIÓN

1. La deportación hacia Australia 137
2. La práctica de la deportación en otros países 149

VIII

EL FRACASO DEL AISLAMIENTO CELULAR

1. El aislamiento celular en Estados Unidos 153
2. El aislamiento celular en Europa 160

IX

LA REFORMA CARCELARIA MODERNA Y SUS LÍMITES

1. El aumento del nivel de vida de las clases inferiores y sus efectos sobre la política criminal 167
2. Resultados y límites de la reforma carcelaria 176
3. La guerra mundial 196
4. La situación en la posguerra 199

PÁG.

X

LA FUNCIÓN DE LA PENA PECUNIARIA EN LA PRÁCTICA PENAL RECIENTE 205

XI

NUEVAS TENDENCIAS EN LA POLÍTICA PENAL DURANTE EL PERÍODO FASCISTA 219

XII

POLÍTICA PENAL Y CIFRAS DE LA CRIMINALIDAD 243

XIII

CONCLUSIÓN 257

EPÍLOGO A LA EDICIÓN CASTELLANA

Por EMILIO GARCÍA MÉNDEZ

Para releer a Rusche y Kirchheimer en América Latina

I. Los "Libros" de Rusche y Kirchheimer 259
II. La apertura del debate 261
III. La política de desapariciones en Argentina 262
IV. Pena y estructura social en América Latina 265
V. Destrucción social y "pena" de desaparición 270
VI. Conclusión 272

PREFACIO

El Instituto Internacional de Investigación Social fue fundado en Francfort del Meno en 1923, con el patrocinio de la Universidad. En la primavera de 1933 fue cerrado por el gobierno alemán. En 1934 transfirió sus principales actividades a la ciudad de Nueva York, donde funciona bajo el auspicio de la Universidad de Columbia; los miembros del Instituto forman un grupo de estudiosos alemanes emigrados que se dedican a la docencia y a la investigación en los campos de la filosofía, psicología, economía, sociología y derecho, con el propósito común de convertir a las ciencias sociales en elemento útil para el análisis de las tendencias más importantes de la sociedad actual.

Las publicaciones anteriores del Instituto se hallan todas en idioma alemán y tratan de problemas como: familia y autoridad, transición del pensamiento feudal al pensamiento moderno, estructura económico-social china y planificación económica. El Instituto ha publicado además, desde 1932, la revista cuatrimestral Zeitschrift für Sozialforschung, *con colaboraciones en alemán, inglés y francés (editor F. Alcan, París). En dicha revista, los miembros del Instituto y otros estudiosos analizan problemas provenientes de sus propias investigaciones y comentan las publicaciones más importantes en el campo de las ciencias sociales.*

El presente libro es el primero de una serie estadounidense que será continuada. La formulación del problema y el método de análisis que en él se utilizan están estrechamente unidos al campo de investigación elegido por el Instituto: la interrelación entre varias esferas sociales.

El Instituto se dedicó al problema de la vinculación entre pena y mercado de trabajo cuando, en 1931, el Dr. Georg Rusche sugirió ser encargado de redactar un manuscrito sobre el tema. El manuscrito fue entregado después que el Instituto abandonó Alemania, y con el asesoramiento de eminentes autoridades estadounidenses se decidió la necesidad de un tratamiento más completo y profundo del mismo. El hecho de que el Dr. Rusche no estaba disponible para la reelaboración de su trabajo, determinó que este le fuera asignado al Dr. Kirchheimer, quien ha preparado esta nueva versión, conservando en esencia los conceptos fundamentales del manuscrito del Dr. Rusche, es decir, de los capítulos II al VIII. El resto lo constituyen ideas exclusivas del propio Dr. Kirchheimer.

La versión inglesa fue preparada por el señor M. I. Finkelstein, del College of the City of New York, en estrecha colaboración con el Dr. Kirchheimer.

Estamos particularmente agradecidos al profesor SELLIN *por su amabilidad en la lectura del manuscrito original, así como de la nueva versión, y cuyos consejos y sugerencias han sido de un valor incalculable.*

Agradecemos también el privilegio de reproducir materiales amparados por el derecho de autor, a ALFRED A. KNOPF, *Little Brown and Company, Longmans, Green and Company, Yale Law Journal y Victor Gollancz.*

Columbia University
en la ciudad de Nueva York
Junio de 1938.

MAX HORCHHEIMER
Director del Instituto Internacional
de Investigación Social.

PRÓLOGO

La mayoría de los estudiosos de la pena de orientación liberal afirman actualmente que la protección de la sociedad constituye el fin de la misma. Este punto de vista, que puede ser considerado como producto de un cambio cultural general, no deja de ser en buena medida determinado por el crecimiento, en las últimas décadas, de los estudios psicológicos, psiquiátricos y psociológicos acerca del delincuente. Aquellos que sostienen este enfoque se inclinan a estimar la pena, y sobre todo el tratamiento penal, como algo que debe ser adoptado luego de un estudio no emocional y científico del problema; se piensa en medios gracias a los cuales la defensa social puede ser llevada a cabo: investigación de las causas del delito que posibilite una eliminación efectiva de los factores criminógenos, la rehabilitación o segregación —quizás, inclusive el exterminio— de los delincuentes sobre la base de considerar científicamente las posibilidades de reincorporarlos a la vida social como miembros útiles de la comunidad. El resultado —la defensa social— es percibido como fin, diferente en su esencia a la venganza y a la retribución, entendidas ambas como características de la pena en el pasado y sobrevivientes en alguna medida en el derecho penal de nuestra época.

Existe una curiosa falacia en la lógica de un pensamiento semejante; ello porque resulta imposible contraponer la "venganza" o la "retribución" a la "defensa de la sociedad". Cada grupo social, cada sociedad políticamente organizada, impone penas a quienes violan sus reglas. Reglas que se han desarrollado porque la sociedad ha creado o adoptado valores sociales fundamentales la agresión a los cuales debe ser combatida. Tales valores son juzgados como propiedades esenciales de la defensa social y la estabilidad, y toda amenaza en contra de ellos o toda violación de las normas que los protegen es entendida como un daño que debe ser prevenido por medio de la pena, cuya ejecución es considerada no solo como el restablecimiento del deber de obediencia sino, además, como reacción defensiva del cuerpo social contra quienes violan sus reglas. En otras palabras, la defensa social constituye el fin de la pena o del tratamiento penal, cualesquiera que sean las formas que ellos asuman.

Más aún, los valores sociales a los que la ley otorga protección, las leyes puestas en vigor por el poder político del Estado que se expresan en el Código Penal, son aquellas estimadas como necesarias por los grupos sociales que mediante su influencia sobre el Estado poseen el poder para lograr su creación.

Este último hecho no es claro cuando hacemos referencia a Estados de tipo democrático; sin embargo, en otras formas de organización política aquel aparece como obvio. Un buen ejemplo de ello lo ofrecen las distinciones de clases en el derecho penal, con penas diferentes para amos y esclavos o nobles y comunes. En última instancia, el objetivo de toda pena resulta la protección de los valores sociales que el grupo dominante de un Estado considera como legítimos para el "conjunto de la sociedad".

La multiplicidad de las teorías punitivas y la confusión que ellas generan parecen deberse a la falta de distinción entre medios y fines. Los medios para asegurar la "defensa social" han variado profundamente a causa de que quienes poseen el poder de hacer cumplir las leyes en las diferentes sociedades, han elegido los medios que creían más eficaces para garantizar la obediencia a la ley en una etapa determinada. La confianza en los distintos medios resulta, a su vez, condicionada por la tradición, el nivel de conocimiento y la naturaleza económica y social de las instituciones. Las penas corporales o las torturas del pasado, no representan una evidencia de instintos sádicos o sanguinarios por parte de quienes las utilizaron: más bien, dan testimonio del hecho de que quienes las adoptaron no concebían un medio mejor, es decir, más eficiente, para asegurar la defensa de los valores sociales que protegían.

El carácter de las penas resulta, por tanto, íntimamente relacionado con los valores culturales del Estado que los emplea y dependiente de ellos.

Uno de los méritos de los autores del trabajo que aquí se presenta, consiste en mostrar las estrechas interrelaciones entre la pena y la cultura que la ha producido, contribuyendo además a hacer accesible una considerable cantidad de información histórica desconocida hasta ahora en lengua inglesa. Incluso, aquellos que puedan encontrar en la interpretación de los autores la referencia demasiado estricta a un punto de vista, descubrirán en este libro un pensamiento estimulante que pocas publicaciones en este campo de investigación proporcionan.

THORSTEN SELLIN

PRESENTACIÓN

Inicia esta Colección bajo el título *Pensamiento jurídico contemporáneo*.

La idea central que ha impulsado este esfuerzo —que ahora concreta la Editorial Temis— está constituida por la comprobada necesidad de adecuar el pensamiento jurídico latinoamericano a una realidad social cuyo ritmo de trasformación ha dejado muy atrás aquel. Es evidente que una finalidad tan importante y tan indispensable no podrá ser colmada con la simple publicación de obras, aunque el contenido de estas sí satisfaga dicha necesidad; no es solo por medio de la tarea editorial como puede realizarse un objetivo de tanta magnitud. Sin embargo, una faceta notable podrá ser cumplida si se logra poner al alcance del jurista y del cientista social latinoamericano aquella producción bibliográfica que en otros ámbitos culturales ha servido para fines semejantes. Esto sin perjuicio, y quizás a veces principalmente, de difundir la labor de pensadores aborígenes, la cual, por razones de incomunicación o falta de intercambio, se mantiene desconocida.

En consecuencia, la tarea de comenzar una colección que reúna esas características debe estar, fundamentalmente, gobernada por un correcto criterio de selección de los trabajos que han de publicarse, para no caer, por un lado, en la continuación de la clásica dependencia cultural que ha prevalecido, tradicionalmente, en la reflexión jurídica de los países latinoamericanos, y para no otorgar, por otro lado, una excesiva preeminencia a obras que no tendrían gravitación a causa de su irritante revolucionarismo.

Sin embargo, lo que sí está claro es que el criterio de selección ha de ser uno que no pierda de vista la brecha —que día a día se agranda— entre derecho y sociedad. Otras empresas editoriales análogas han fracasado por haber incurrido en semejante extravío.

Los tiempos que corren son de tanta ebullición, que hacen prever futuras trasformaciones en los países latinoamericanos. No obstante, sabemos que el derecho de los juristas ha ido siempre a la zaga de tales trasformaciones. Por eso, sin pretender ser tan desmedidamente ambiciosos como para adelantarnos a dichos cambios en el campo del pensamiento jurídico, sí queremos acercarnos, modestamente, a preparar el clima propicio en que una reflexión rica, crítica y fluida siente las bases de un futuro derecho latinoamericano autóctono e independiente.

Según esa perspectiva, la presente Colección se inicia con una obra que ya se ha convertido en clásica en el terreno de estudio crítico de la ejecución de las penas privativas de libertad. En efecto, *Pena y estructura social* introdujo

en el campo de las ciencias penales el método de análisis originario y original de la renombrada "escuela de Frankfurt" que, como se sabe, constituyó un remedio para la tradicional forma de pensar que imperaba en el estudio de lo social. La crítica a la sociedad europea de la preguerra y la segunda guerra mundial por las contradicciones que suponían los avances tecnológicos y el desarrollo económico frente a los gérmenes del aislamiento y la anonimia que ya circulaban entre los individuos, fue terreno muy fructuoso para que la dialéctica demostrara su eficacia. Así mismo, la aplicación de elementos psicoanalíticos en el examen de las relaciones grupales constituyó un excelente instrumento para poner en evidencia hasta qué punto la exaltación de ciertos valores sociales y nacionales encerraba la semilla del odio y la persecución, la cual, anidada en las formas de educación y constitución de los lazos familiares, engendró luego los sistemas políticos autoritarios y discriminatorios. Pero, al propio tiempo, la crisis del marxismo político, como consecuencia de tendencias no democráticas surgidas en el campo obrero durante la experiencia posweimariana; los nombres de Rosa Luxemburg y Georg Lukács, entre otros, son suficientemente ilustrativos de las contradicciones de ese momento. De tal manera, la teoría marxista de los fundadores de la escuela se renueva con fuerza en una nueva perspectiva de la relación entre teoría y praxis, base epistemológica de la *Kritische Theorie*.

La labor de Georg Rusche y Otto Kirchheimer (más la del primero, según quedará detallado en el Epílogo de este libro) tiene el mérito de haber adelantado, en el estudio específico de la cuestión criminal, la aplicación de un método que ha producido ya cuantiosos resultados en el ámbito europeo. El profundo y total desenmascaramiento que del positivismo ha efectuado lo que se denomina una "criminología crítica", ha trasformado la aproximación a los problemas en una obligada relación histórica entre el fenómeno y los ámbitos social, político, cultural y económico en que aquel se manifiesta. De este modo, el objeto de una criminología histórica ha dejado de ser las intemporales categorías de delito o delincuente, para convertirse en la de la desviación condicionada por el propio sistema de control que gesta una determinada superestructura jurídica e ideológica. Esta reconstrucción del pensamiento criminológico es la que permitió, a su vez, a Dario Melossi y Massimo Pavarini —sobre las huellas de Rusche y Kirchheimer— escribir esa también magnífica obra que se llamó *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario* (versión española: *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*, *siglos XVI-XIX*, México, Edit. Siglo XXI, 1980) y que ha servido para profundizar una labor iniciada en Italia por Guido Neppi Modona, cual fue la de analizar la génesis y el desarrollo de la institución carcelaria en el período de formación del modo de producción capitalista.

Ciertamente, en el sentido indicado, la aproximación al pensamiento crítico que buena parte de la ciencia ejecutivo-penal italiana ha cumplido en estos últimos años, no ha sido casual. La contradicción que el sistema democrático occidental ha revelado en Europa (y los casos de la República Federal Alemana, Italia y la propia España de la transición constituyen sus ejemplos), al incurrir en el empleo de una forma de persecución política que se basa esencialmente

en la aplicación de la cárcel de máxima seguridad y la prisión preventiva prolongada al disidente de Estado y del modelo capitalista de concentración (por la cual, como lo demuestra el sonado "caso Negri" en Italia, una persona sospechosa de haber cometido actos terroristas puede permanecer hasta once años y medio privada de su libertad —según la tristemente célebre *legge Reale* de 1975— en espera de la realización del juicio), ha dado motivos más que suficientes para que MASSIMO PAVARINI —también traductor al italiano, junto a DARIO MELOSSI, del libro que presentamos (véase *Pena e struttura sociale*, Bologna, Il Mulino, 1978)— ilustrara en el *Appendice* a esa versión italiana cómo la cárcel sigue siendo eje del sistema represivo en las sociedades industriales de Occidente (véase "*Concentrazione*" e "*diffusione*" *del penitenziario. Le tesi di Rusche e Kirchheimer e la nuova strategia del controllo sociale in Italia*; también en "La questione criminale", anno IV, gennaio-aprile 1978, 1, 39-61).

Por lo apuntado, *Pena y estructura social* mantiene absolutamente fresca la esencia de sus tesis frente al sistema capitalista reinante en las sociedades europeas occidentales y contemporáneas. Creemos, así mismo, que pese a que los países de América Latina constituyen la periferia de dicho sistema capitalista, la obra de RUSCHE y KIRCHHEIMER ofrece valiosos elementos para reflexionar en torno a la sobreutilización de la cárcel en aquellos, aunque ya no como núcleo del modelo de control social (según EMILIO GARCÍA MÉNDEZ, lo pone de relieve en el Epílogo de esta versión castellana, aun cuando se pueda disentir de su enfoque con respecto a la reducción en la pena privativa de libertad de todas las formas de control que él practica), han venido a reemplazar en Latinoamérica los usos tradicionales que la represión estatal organizada emplea en el Occidente industrializado.

Sin embargo, *Pena y estructura social* también admite todavía muchas lecturas que permitan extender su discurso básico hacia campos que quizá no aparezcan explícitos en la obra. La tarea de sacar a la superficie ciertos elementos de la llamada esfera material de la sociedad, los cuales contribuyen a una explicación estructural de los contenidos subjetivos de los problemas sociales, o, lo que es lo mismo, a un análisis funcional de ellos con referencia a la estructura de las relaciones de producción y de poder en una sociedad —es decir, a la construcción de un referente material en el sentido que acaba de darle ALESSANDRO BARATTA (véase "Problemi sociali e percezione della criminalità", en *Dei delitti e delle pene. Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale*, anno I, núm. 1, gennaio-aprile 1983, Bari, De Donato, págs. 15-39, en especial pág. 19)—, fue ya cumplida por DARIO MELOSSI en la *Introduzione* a la edición italiana del presente libro (ver *Mercato del lavoro, disciplina, controllo sociale. Una discussione del testo*; también en "La questione criminale", anno IV, gennaio-aprile 1978, 1, 11-37), y nos parece no solo emblemática de esa forma de investigación histórica, antes mencionada, que está cumpliendo la reflexión crítica en el ámbito criminológico y jurídico-penal, sino, así mismo, esclarecedora de las categorías que, proviniendo de la economía política, resultan tener una importancia especial en los distintos terrenos de las ciencias

penales, antaño ignoradas por el pensamiento iluminista. En este sentido es oportuno aquí anotar solo el límpido y concluyente cuestionamiento que MELOSSI formula, desde una severa perspectiva marxista, al concepto de disciplina burguesa que construye MICHEL FOUCAULT en su *Surveiller et punir. Naissance de la prison* (versión española: *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, México, Edit. Siglo XXI, 1976), quien haciéndola irrumpir como "caída del cielo de las ideas" en la organización capitalista del trabajo y de allí descendiendo a la cárcel, a la escuela, al ejército, es decir, a todas las instituciones que la burguesía ha ido creando desde sus orígenes, la muestra con una indeterminación que parece originarse en la vaguedad omnicomprensiva de ese concepto de *panoptismo* benthamiano que FOUCAULT utiliza, desvinculada de la base de la cual parte el poder real, como es la lucha de clases (véase D. MELOSSI, *Mercato del lavoro...*, cit., págs. 13-14 de la *Introduzione* a la edición italiana de este libro, nota 22, págs. 16-17, nota 12, de *La questione criminale*, cit.).

Es evidente que una lectura de semejante naturaleza no es la que directamente pueda hacerse en Latinoamérica de *Pena y estructura social*. Muy otro es el desarrollo que el capitalismo ha tenido en nuestros países y muy distintos son los efectos que en ellos ha causado el proceso de transición de la acumulación a la concentración oligopólica ocurrida en el centro del sistema; por tanto, otras son las características asumidas por la lucha de clases. Sin embargo, y pese a que también otras deben ser las sugerencias que el libro de RUSCHE y KIRCHHEIMER han de provocar, creemos que su tesis y el rigor de su método tienen que ser utilísimos para quienes en esta área de la periferia se preocupan por buscar en las vinculaciones entre la estructura y la superestructura, los motivos de la creación y de la aplicación de un derecho orientadas por los intereses que están en la base del modelo social que ha pretendido imponerse en las últimas décadas.

De esa manera y con tal explicación, encontramos justificado incluir sendas contribuciones de quienes dirigimos esta Colección y presentamos *Pena y estructura social*. El análisis de lo que puede denominarse la "estructura jurídica" y de una necesaria "organización democrática de la administración de justicia" en los países latinoamericanos —aunque sea desde perspectivas nacionales—, lo hemos considerado como muy pertinente para dar vigor, por una parte, a los fines de esta Colección en el sentido de señalar la brecha entre derecho y sociedad y sugerir caminos para acortarla, y para recrear, por otra parte, la lectura de RUSCHE y KIRCHHEIMER con un sentido apropiado al estudio de los problemas reales a los cuales entendemos debiera abocarse el pensamiento jurídico contemporáneo en América Latina.

No nos queda así más que agradecer a la Editorial Temis el apoyo que brinda a las ideas aquí esbozadas y confiar en que nuestras aspiraciones se vean satisfechas por el interés de colegas y estudiosos latinoamericanos.

ROBERTO BERGALLI
JUAN BUSTOS RAMÍREZ

I

LA ESTRUCTURA JUDICIAL EN AMÉRICA LATINA

(BASES PARA UNA NECESARIA ORGANIZACIÓN DEMOCRÁTICA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN AMÉRICA LATINA DESDE LA CUESTIÓN ARGENTINA)

por

ROBERTO BERGALLI
Universidad de Barcelona

INTRODUCCIÓN

Es verdad que la función cumplida por el derecho en América Latina, y sobre todo en la construcción de los Estados burocrático-autoritarios de las últimas dos décadas, no ha despertado mucho interés entre los juristas. Sin embargo, tampoco lo ha excitado entre los politólogos o teóricos del Estado.

Un análisis de los brillantes trabajos de los autores que han venido reflexionando en los años setenta acerca de la nueva forma-Estado leviatánica (y me refiero a THEOTONIO DOS SANTOS, JAMES PETRAS, MARCOS KAPLAN, AGUSTÍN CUEVAS —que la califican de "fascista"—; GUILLERMO O'DONELL —que la llama "nuevo autoritarismo" o "Estado burocrático-autoritario"—; ATILIO BORÓN, TILMANN EVERS, NORBERT LECHNER —quienes, sin denominarla concretamente, intentan penetrar en su estructura—) y que pueden ser hoy llamados los protagonistas de una teoría crítica del Estado latinoamericano, permite aseverar a GARCÍA MÉNDEZ, en su estupenda tesis doctoral en Saarbrücken, que "con excepción del trabajo de N. LECHNER y, en menor medida, de T. EVERS (agregaría el de M. KAPLAN), puede confirmarse que el análisis de la *instancia jurídica* resulta ignorado o insuficientemente tratado, tanto cuantitativa como cualitativamente"[1], lo cual repercute de manera negativa sobre el desarrollo de la teoría del Estado en las condiciones específicas del caso latinoamericano.

Ciertamente, la dominación política se ejerce mediante una hegemonía jurídica específica, la cual representa una forma particular de reflexión sobre el derecho que se labra desde la formación del jurista (el papel de las facultades de derecho en Latinoamérica y la programación de los estudios jurídicos, en consonancia con los intereses del bloque social dominante, han sido decisivos) hasta la desembozada colaboración de muchos de ellos en la elaboración de leyes autoritarias. Sus viejas preocupaciones académicas por cuestiones altamente técnicas y abstractas que alejaron el pensamiento jurídico latinoamericano de la realidad social, se han transformado en los últimos tiempos en una manifiesta actividad de creación legislativa, legitimadora de la praxis dictatorial.

Ahora bien, si lo que ocurre en relación con el análisis de un aspecto de la instancia jurídica —el de la ciencia y la creación del derecho latinoamericano (lo que en alemán se conoce como *Entstehungsprozesse*)— es cierto, mucho

[1] Véase E. GARCÍA MÉNDEZ, *Autoritarismo, institucionalización y control social* (*en el cono sur latinoamericano: Argentina, Uruguay y Chile*). Tesis doctoral, Universidad del Saar, próxima a publicarse en esta misma Colección.

más lo es respecto a la segunda fase de dicha instancia, o sea, a la de la aplicación concreta de ese derecho (*Anwendungsprozesse*). Este es, así mismo, uno de los aspectos centrales de que se ocupa la sociología del derecho contemporáneo —desarrollada sobre todo en la República Federal de Alemania y en Italia—, la cual ha venido a descubrir un campo de estudio que con propiedad se denomina ya sociología de la justicia.

Esta sociología de la justicia supone un conocimiento no solo de las estructuras que componen el aparato judicial, sino también del comportamiento de los jueces, de la valoración que de estos realizan los ciudadanos, de las ideologías e intereses sociales que alientan los magistrados, de la imagen que ellos forman de su función y profesión, de la comunicación recíproca que debe existir entre la sociedad y la justicia, etc. Concretamente, del peso que los jueces y los tribunales de justicia ejercen, por un lado, en la conformación del aparato del Estado, y, por otro, en las relaciones entre este y la sociedad civil. Su papel mediador en los conflictos sociales y en los conflictos de poder que se generan entre las distintas instancias político-institucionales, provoca un interés cada vez más notable entre los sociólogos del derecho.

Pero, no obstante los crecientes resultados conseguidos al comienzo de los años setenta por esta sociología empírica, acerca de que la administración de justicia de los Estados democráticos de Occidente continuaba apegada a fórmulas críticas y sacramentales, de que su organización y estructuras contradecían a los principios democráticos, de que el análisis de sus decisiones reflejaba una desequilibrada protección en favor de intereses sociales minoritarios, sus afirmaciones no han sido aún tomadas en cuenta por los juristas, ni por los sociólogos o politólogos latinoamericanos. En este plano, parecería que los intereses observados por los cientistas sociales no han sido los mismos verificados en los análisis de Garzón Valdés[2] y Bustos[3], en el sentido de que el círculo de juristas interesados por la teoría del derecho en América Latina se agranda del mismo modo que los europeos, a medida que aumenta el grado de abstracción en el tratamiento de cuestiones jurídicas. La conclusión que puede extraerse de esta comparación es una que se sustenta en el reconocido hecho del distanciamiento entre derecho y sociología, en cierta manera alentado en Latinoamérica por los estudiosos de ambas disciplinas como consecuencia de sus respectivas formaciones, pero fundamentalmente impulsado por la política cultural de los regímenes autoritarios, que por todos los medios intentan mantener un desconocimiento de las realidades sociales. Ciertamente, esta tendencia ya fue seguida por los fascismos europeos, y un reflejo de ello, por ejemplo, es perceptible en

[2] Véase F. Garzón Valdés, "Las funciones del derecho", en *Cuadernos de la Facultad de Derecho de Palma de Mallorca*, núm. 3, 1982, págs. 21-47.

[3] Véase J. Bustos Ramírez, *La estructura jurídica en América Latina*, en este mismo volumen.

las orientaciones técnico-jurídicas de la dogmática penal, según los modelos de ERNST BELING y ARTURO ROCCO.

Se trata, entonces, de poner de manifiesto aquí de qué modo y hasta qué punto la función de administrar justicia ha participado en los países latinoamericanos de una manera de reflexión jurídica que ha contribuido decididamente en la construcción de una forma-Estado autoritaria, así como también cuáles han de ser los posibles aspectos que deben encararse de esa función judicial que permitan su eventual reordenación democrática.

— I —

A) Un primer punto que ha de considerarse, en consecuencia, es el de la tradicional concepción que del derecho y de su aplicación revelan poseer los magistrados judiciales. En general existe una identificación entre derecho y ley, propia del viejo positivismo legalista: solo es jurídico el derecho positivo, y por positividad se entiende legalidad pura[4].

Es evidente, entonces, que una perspectiva de este carácter elimina un momento de la actividad del juez en el que se abre el espacio para una actitud reflexiva y creadora, cual es la de la interpretación de la norma. Lo que el método positivista a lo sumo admite, es una interpretación de notable tinte político e ideológico. En efecto, esta interpretación está constituida por un conjunto de reglas técnicas que permitirán al jurista descubrir las normas aplicables, pero manteniendo, al mismo tiempo, las características de neutralidad y objetividad que se requieren a la administración de justicia. Interpretación gramatical, lógica, sistemática, teleológica, etc., mediante la cual el intérprete desarrolla un análisis del lenguaje de la ley que se resuelve en una descripción o explicación de lo ya establecido en el sistema. En este sentido, es obvio que la jurisprudencia pierde el carácter de fuente del derecho, como, por cierto, también lo pierde la llamada ciencia del derecho, orientada por el positivismo legalista y así cultivada en las facultades de derecho donde se imparte al futuro jurista una formación dogmática y memorística.

B) Esta particular actitud del jurista positivista de viejo cuño, tan generalizada en la cultura jurídica latinoamericana —y particularmente en Argentina—, ha permitido que a los jueces se les pueda exigir, sin ambages, una absoluta apoliticidad. Así, por ejemplo, lo imponen en Argentina las disposiciones referidas a la organización de la justicia nacional (decr.-ley 1.285 de 1958, art. 9º, ratific. por ley 14.467). Pero es indudable que una afirmación de tal naturaleza proviene de mucho más lejos que de la simple disposición legislativa. Ella

[4] Cfr. A. OLLERO, "Poder judicial y transición democrática en España", en *Sociología y Psicología jurídicas*, anuario del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, Barcelona, 1982, págs. 7-42, en especial pág. 8.

se entronca con una concepción de la justicia, de los actos propios para administrarla y de la interpretación de las fuentes legales que se describe como meramente técnica, desprovista de toda creatividad y encuadrada en una absoluta asepsia ideológica como si el momento jurisdiccional no estuviera profundamente marcado por una carga valorativa. En consecuencia, cualquier actitud crítica queda excluida por vía teórica y es, absolutamente, inimaginable para esta cerrada concepción formal-legalista que ha dominado el discurso judicial, lo cual ha servido muy bien para lograr la adscripción de los jueces al sistema político vigente.

Es claro entonces, que en el ámbito argentino al que me refiero más concretamente, no se ha generado esa influencia que una concepción abierta de la ciencia del derecho ha tenido en ciertos países europeos sobre la praxis judicial. De esta manera, también se rectificaría la tesis de GARZÓN VALDÉS, sostenida por BUSTOS, pues, *a contrario sensu* de ella, el círculo de juristas latinoamericanos interesados en la teoría del derecho se *restringe inversamente* al de los europeos a medida que aumenta el grado de concreción de las cuestiones jurídicas por las que se preocupan. Este juicio permite quizá ensayar la conjetura de que los teóricos latinoamericanos del derecho han asumido cierta responsabilidad (y sobre todo los argentinos) cuando, dejando de lado el análisis de situaciones políticas concretas, han permitido que los positivistas legales, afiliados a sus rígidos esquemas interpretativos de filosofía jurídica, elaboren justificaciones iusfilosóficas de los regímenes *de facto*.

Con objeto de demostrar la beneficiosa influencia que han ejercido algunas concepciones teóricas del derecho sobre la aplicación concreta de este, en relación estrecha con la realidad sobre la que se ejerce, es oportuno referir dos experiencias que, si bien se nutren en desarrollos de culturas jurídicas particulares, han servido para otorgar a la jurisprudencia —aunque en distinta medida y alcance— cierta riqueza interpretativa, capaz de lograr una estimable democratización de la administración de justicia.

Estoy hablando de lo que en la República Federal de Alemania se conoce como el *Juristenrecht*, de una larga tradición en la cultura jurídica alemana, y del *uso alternativo del derecho*, desarrollado en Italia como teoría tras la segunda guerra mundial. Al primero se ha referido BARATTA[5] y ha puesto de manifiesto que el derecho de los juristas (ciencia del derecho y jurisprudencia) ha evolucionado, desde la metodología alemana de principios del siglo XIX, de ser una teoría indiferenciada de la actividad jurídica, científica y judicial, como fuente del derecho, a la *Rechtstheorie* contemporánea que contempla el derecho como sistema, de la cual la ciencia del derecho y la actividad judicial son subsistemas específicos que exigen una investigación propia y analítica, debiendo determi-

[5] Véase A. BARATTA, "La jurisprudencia y la ciencia jurídica como fuente del derecho", en *Las fuentes del derecho*, I Jornadas Jurídicas —Estudio gral. de Lérida, Edit. Universidad de Barcelona, 1983.

narse por separado sus respectivas colocaciones dentro del marco de una teoría de las fuentes del derecho. Esta perspectiva —dice BARATTA— ha llevado, en el campo del positivismo jurídico moderno, desde KELSEN a LUHMANN, a negar a la ciencia del derecho el carácter de decisión y de norma. A la actividad judicial, por el contrario, le son reconocidas estas características, pero dependientes del programa de decisión establecido por el legislador. No cabe duda de que la decisión ideológica básica en favor de un Estado de derecho, permite abogar por una decisión "razonable" del juez a la ley, sin dejar de reconocer el impulso renovador que lleva en sí la aplicación concreta de dicha ley (instancia judicial). La decisión del juez, fuente de producción del derecho no originaria pero directa, es, a su vez, racionalizada y estabilizada por una ciencia del derecho que no solo ha de ser dogmática, sino que también resulte enriquecida por el aporte de las ciencias sociales, sobre todo cuando estas se aplican en la reflexión crítica de aquellas fuentes de producción jurídica indirectas que pertenecen a otros subsistemas y que codefinen a la dogmática jurídica, como lo son: los factores de naturaleza ideológica y emocional que condicionan al derecho de forma irreflexiva, pero no menos que otros factores reflexionados —estereotipos, prejuicios, teorías triviales o cotidianas (*every days-theories*, *Alltagstheoriem*), etc.— de los que también los juristas son portadores.

Por su parte, lo que se conoce como un *uso alternativo del derecho* se remonta al ya famoso encuentro de Catania (1972), cuyas contribuciones se volcaron en los dos consagrados volúmenes difundidos por PIETRO BARCELLONA[6] revalorizando la lucha iniciada desde la caída del fascismo y por obra del fermento democratizador introducido por la Constitución republicana, sobre todo por el artículo 3º[7]. Su promulgación hizo brotar con más fuerza la contradicción en el seno del ordenamiento jurídico italiano, pasando así a convertirse en un ejemplo altamente expresivo de las posibilidades de actuación del punto de vista alternativo sobre el derecho.

El programa para una jurisprudencia alternativa se articula precisamente a partir de las afirmaciones de ese artículo 3º de la Constitución italiana y de la conciencia alcanzada por los magistrados demócratas, de que cualquier justicia que no asegure la igualdad sustancial de todos los ciudadanos, es una justicia de clase. Dicho artículo, después de haber afirmado en su primer párrafo la igual-

[6] Véase P. BARCELLONA (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, vol. I, "Scienza giuridica e analisi marxista"; vol. II, "Ortodossia giuridica e pratica politica", Biblioteca di Cultura Moderna, 740-741, Roma-Bari, Laterza Editori, 1973. Versión española: *El uso alternativo del derecho*, Barcelona, Fontanella, 1977.

[7] Constitución italiana, art. 3º: "Todos los ciudadanos tienen una dignidad social pareja y son iguales ante la ley, sin distinciones de sexo, de raza, de lengua, de religión, de opiniones políticas, de condiciones personales y sociales. Es tarea de la República remover todos los obstáculos de orden económico y social, que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país". (Trad. del A.).

dad jurídica de todos los ciudadanos, denuncia en el segundo la existencia de "obstáculos de orden económico y social que, limitando *de hecho* la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país". Esta aseveración constituye un explícito y solemne reconocimiento de la naturaleza clasista y desigual de las estructuras sociales ya existentes en Italia en 1947 y del consiguiente carácter abstracto que dentro de ellas asume el principio de igualdad formal sobre el que se fundan el derecho y la justicia tradicionales.

En el terreno de una práctica jurídica, el que una legalidad de índole netamente represiva, a la medida de un Estado fascista, viniera a estar presidida por principios constitucionales de signo claramente opuesto, dio lugar en Italia a que, al amparo de ellos, comenzara a perfilarse una actividad jurídica y jurisprudencial de "ruptura" y de identificación con las nuevas formulaciones, y sin duda —y de ahí su valor emblemático— transferible a cualquier realidad jurídica de las mismas características[8]. Es hoy todavía fácil de comprobar que en el interior del cuerpo de leyes italiano tienen reflejo distintas líneas de principios como expresión de las también distintas fuerzas sociales que están presentes en la sociedad italiana. En efecto, esa antinomia se da entre la Constitución y las aún supérstites leyes fascistas (Código Penal, Código de Procedimientos Penales, ley de seguridad pública), cuando no entre las propias leyes de orden público dictadas en pleno período republicano (ley Reale I y II de 1975, ley Bonifacio-Cossiga de 1979[9]), y no es tanto de carácter técnico-jurídico como específicamente político, en el plano de los principios informadores, en cuanto lo que verdaderamente se enfrentan son dos modos diversos de concebir la organización política de la sociedad, los cuales se hacen explícitos en el nivel jurídico. Así, en el marco de un mismo ordenamiento conviven dos propuestas axiológicas claramente antagónicas que constituyen sin duda puntos de vista opuestos para la concreta actividad del intérprete. Para este será obligatorio identificarse con uno de esos puntos de vista como portador de la respectiva política del derecho que por su mediación supone, en un caso, la modificación del orden social, o, en el otro caso, simplemente —como ha sido lo habitual— la conservación tal cual de lo que existe.

Para la experiencia italiana de esta última década, el uso alternativo del derecho, en lo que se refiere a la actuación judicial, significa, pues, una actitud

[8] Véase L. FERRAJOLI, "Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria", en P. BARCELLONA, *L'uso alternativo del diritto*, ed. cit., vol. I, págs. 103-132, en especial pág. 113.

[9] Véase en castellano, al respecto, J. BUSTOS RAMÍREZ, "Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología", en *El pensamiento criminológico: Estado y control*, vol. II (dirigido por R. BERGALLI y J. BUSTOS RAMÍREZ), Colección Homo Sociologicus, núm. 29, Barcelona, Península, págs. 11-35. Edición latinoamericana: mismo título, Bogotá, Edit. Temis, 1983.

decididamente orientada por vía interpretativa a la ampliación de los posibles espacios democráticos del ordenamiento jurídico, la cual se proyecta críticamente sobre el actual modo de inserción del poder judicial en el aparato del Estado y se articula en una serie abierta de proposiciones para la reforma orgánica y la actuación concreta. El uso alternativo del derecho aparece conectado, en suma, a una propuesta alternativa de organización de la justicia, habiendo sido asumido como planteamiento y actitud por un sector de la magistratura italiana al que se debe en gran medida el interés público y la difusión que el tema ha tenido dentro y fuera de Italia.

Los presupuestos aquí brevemente explicados han servido para resaltar en España la novedad del punto de vista alternativo, el cual ha venido a sustituir el rechazo incondicionado por una recuperación dialéctica del nivel jurídico-institucional, concibiéndolo como un campo más en que el esfuerzo por la democracia real es posible y que ofrece, al mismo tiempo, instrumentos susceptibles de ser "recuperados"[10].

C) Otro aspecto que merece ser tenido, preferentemente, en cuenta por una supuesta sociología crítica de la justicia en los países latinoamericanos, es aquel tan característico mediante el cual se atribuye naturaleza de poder del Estado a la función de administrar la justicia. Es típico en las Constituciones latinoamericanas encontrar enfáticamente afirmado el esquema de distribución de funciones (que no de poderes) ideado por MONTESQUIEU; dentro de él, el denominado "poder judicial" constituye una de las tres ramas en las que se articula el funcionamiento del Estado (véase Constitución Política de Estados Unidos Mexicanos, 5 febrero 1917, tít. III, cap. IV; Constitución de Colombia, 1886; Constitución de Venezuela, 1961; Constitución de la República Argentina, 1853, sección II, cap. I).

He dicho distribución de funciones y no de poderes pues luego de las profundas investigaciones que en la ciencia política y constitucional se han deparado a la propuesta de MONTESQUIEU, surge una tendencia que parece bastante aplicable por lo menos al caso argentino, a la luz de su desarrollo histórico-constitucional. Se trata de aquella que afirma que la teoría de la división de los poderes, que presupone la unidad del Estado, no envía en MONTESQUIEU a una concepción jurídico-constitucional de separación de las diversas esferas de legalidad. Más bien envía, remite, a cierta concepción de las relaciones entre las clases sociales en lucha, en el marco del período de transición en que MONTESQUIEU pensaba. Lucha que revela que la división de esos poderes había aprovechado a la nobleza —entonces clase dominante—, cuya fortaleza se había institucionalizado en la cámara alta[11].

[10] Véase P. ANDRÉS IBÁÑEZ, "Uso alternativo del derecho y práctica judicial", en *Sobre el uso alternativo del derecho*, Interdisciplinar (2), F. Torres, Valencia, 1978, págs. 61-93, en especial, pág. 64.

[11] Véase. L. ALTHUSSER, *Montesquieu: la politique et l'histoire*, Paris, Presses Universitaires, 1964. Versión española: *Montesquieu: la política y la historia*, 3ª ed., trad. de Mª E.

De dicha tendencia se concluye que lo esencial no es la división de poderes como dogma, sino el equilibrio de poderes como estrategia y que, por consiguiente, lo primordial es conocer quién es el protagonista hegemónico de la lucha contra el poder absoluto, vencedor final en esa lucha y titular del poder en cada momento histórico. En Argentina, ese protagonista ha sido hasta ahora solo en contadas ocasiones el pueblo, tal como lo prevé la teoría de MONTESQUIEU; en cambio, sí lo ha sido un bloque de fuerzas sociales compuesto por la alianza de las clases medias con el viejo patriciado. Sobre todo en las últimas décadas, el control del ejecutivo y del legislativo (ya sea por la fuerza o en épocas constitucionales) lo ha tenido la misma fracción hegemónica. Por tanto, es necesario preguntarse con POULANTZAS si la división de poderes no es, en su funcionamiento, inexistente.

No cabe duda de que para que se pueda postular una democratización de los aparatos del Estado argentino, es necesario un cambio en el titular del poder político, desplazando ese sujeto hacia una voluntad que sea mayoritaria y que propugne la trasformación en la expresión de la justicia hacia formas materiales y subjetivas.

Dentro pues de ese falso marco de división de poderes, la consideración del denominado poder judicial ha respondido siempre en Argentina a una expresión formal y objetiva de la justicia como la manifestación supuestamente más evidente de aquella división y de la plena vigencia del sistema republicano de gobierno. Uno de los aspectos más llamativos de la creencia en la división de poderes, es el de que ella no solo ha sido prácticamente aludida por serios y famosos constitucionalistas y politólogos, a la luz de las antiguas experiencias de vida democrático-formal en el país, sino también exaltada por los déspotas e intérpretes de turno en los largos períodos dictatoriales. El ejemplo de las dos últimas décadas está muy fresco.

Los constituyentes de 1852 elaboraron una estructura institucional dentro de la cual el funcionamiento del Estado se articula por medio de tres ramas. Para este fin, la Carta destina secciones separadas a determinar la naturaleza, características y limitaciones propias de lo que se llaman las *autoridades de la Nación* (Const. Nac., segunda Parte); así las legislativas, las ejecutivas y las judiciales. Tal como aparecen presentadas las cosas, la rama judicial se muestra al mismo nivel de consideración institucional que las demás, y con esa perspectiva ha sido inveteradamente entendida por la doctrina constitucional, a la vez que propuesta a la opinión pública.

Sin embargo, no es posible desconocer que los rasgos con que la justicia aparece adornada en todas las distintas formas-Estado contemporáneas (sobre

---

Benítez, Barcelona, Ariel, 1979. Cit. por N. POULANTZAS, *Poder político y clases sociales en el Estado capitalista, sociología y política*, 17ª ed. (5ª ed. esp.), Madrid, Edit. Siglo XXI, 1978, pág. 401.

todo en la burocrático-autoritaria que se ha desarrollado en América Latina), tienden a mantener su distanciamiento de la realidad de lo que cae bajo su conocimiento. Esto, indudablemente, según las apariencias, se logra mediante la conservación de ciertas formas litúrgicas, crípticas y sacralizadas que la hacen absolutamente incomprensible al no jurista. Pero, en sustancia, como podrá resaltarse más adelante, es palpable la voluntad que pretende utilizar la función judicial de gobierno como instancia resolutiva de los conflictos que no han sido concluidos en las sedes legislativa y ejecutiva, sin que los verdaderos protagonistas de ellos o, quizá mejor, quienes terminan por ser sujetos vencidos en ellos, nunca intervengan ni en la constitución de dicha instancia judicial, ni en la de las formas y medios de expresión de semejante justicia.

Un aspecto de la conformación constitucional argentina de la función judicial de gobierno es, como se ha dicho, precisamente su aparente naturaleza como poder equidistante de los otros dos poderes. Esa apariencia, sin embargo, está encubriendo algunas situaciones que, luego, con el desarrollo histórico-político institucional, han salido a la superficie en forma ostensible.

El fundamento de semejante calidad ha sido encontrado en lo que se denomina su *soberanía* e *independencia*. La primera emergería de la importancia constitucional adquirida por la Corte Suprema de Justicia, puesto que "es el tribunal en último resorte para todos los asuntos contenciosos en que se le ha dado jurisdicción, como perteneciente al poder judicial de la Nación. Sus decisiones son finales; ningún tribunal las puede revocar. Representa, en la esfera de sus atribuciones, la soberanía nacional, y es tan independiente en su ejercicio como el Congreso en su potestad de legislar y como el poder ejecutivo en el desempeño de sus funciones... La Constitución no ha creado tribunal alguno que le sea superior, y es por esto que el artículo 94 la denomina *suprema*. No habiéndolo creado la Constitución, no puede crearlo la ley, porque su jurisdicción y sus atribuciones tienen origen en la ley suprema a que están subordinados todos los actos de los poderes públicos, y la ley ordinaria no los puede amenguar ni suprimir"[12].

La independencia del poder judicial aparece constitucionalmente consagrada así mediante dos garantías: a) la inamovilidad de los jueces (en cuanto a la de los jueces federales se refieren los arts. 45, 51 y 96 de la Const. Nac., y respecto de los jueces provinciales algunas constituciones han adoptado la inamovilidad temporaria, o sea, durante el período para el cual se los designa); b) la *irreducibilidad* de los sueldos (Const. Nac., art. 96).

La *inamovilidad* supone el derecho de los jueces a no ser separados de su función sino por justa causa, comprobada en juicio conforme a la ley; ciertamente, siempre que sus nombramientos se hayan efectuado tal y como lo prevé la

[12] Cfr. "Fisco nacional y M. Ocampo", 1872 C. S., cit. por H. F. Hroncic y C. A. Novaro, *Derecho constitucional argentino y comparado*, 2ª ed., Buenos Aires, s/edit., 1939, págs. 457 y ss.

propia Constitución (art. 86, inc. 5º), esto es, por el presidente de la República con el acuerdo del Senado. La experiencia de más de cincuenta años de gobierno *de facto*, removiendo a jueces de derecho, ha demostrado la endeblez de la garantía constitucional de independencia del poder judicial argentino.

La *irreducibilidad* de las compensaciones de los magistrados, por más que pueda haberse considerado en otras épocas como un privilegio chocante frente a otros funcionarios de la administración, se apoya en la propia Constitución norteamericana y en una abundante jurisprudencia, tanto de la Corte de Estados Unidos como de la propia argentina, todo lo cual tiende a poner al poder judicial fuera del alcance y aun de la sospecha de cualquier influencia de las otras autoridades de la nación. Pese a ello, con la irrefrenable expansión inflacionaria, los sueldos de los jueces argentinos, fijados habitualmente por ley, han sido virtualmente reducidos por los distintos poderes ejecutivos mediante las políticas neoliberales monetaristas.

Conviene observar ahora el ordenamiento real de dicho poder judicial, a fin de poder señalar los condicionamientos externos e internos a él que impiden que su supuesta naturaleza constitucional (soberano e independiente) se manifieste.

En virtud de la organización del Estado argentino como Estado federal, junto a la organización judicial de cada provincia, existe una organización judicial federal. En líneas generales, la primera entiende en los casos comunes, mientras que la segunda conoce de los casos en que está interesado el Estado nacional o que abarquen cuestiones que corresponden a dos jurisdicciones provinciales. Además, algunas veces la justicia federal se sobrepone a la provincial con el objeto de asegurar la supremacía de la Constitución. Se justifica este doble fuero por la necesidad de sustraer al conocimiento de los tribunales de provincia, las causas que afectan el interés superior de la nación[13]. De tal modo, el poder judicial federal defendería la Constitución, resguardaría los intereses y derechos de los particulares y el equilibrio entre el gobierno federal y los Estados provinciales.

Esta justicia federal aparece encabezada por una Corte Suprema que ejerce una jurisdicción originaria y exclusiva en casos muy precisos y que conoce en última instancia, por apelación y nulidad mediante recurso extraordinario, de las sentencias definitivas de las cámaras federales de apelación, de los tribunales superiores de provincia y de los tribunales superiores militares.

Una larga polémica se desarrolló antaño acerca de la condición de los llamados jueces ordinarios de la Capital Federal. Puesto que la capital de la Nación se halla, en lo administrativo, lo legislativo y lo político, sometida a la jurisdicción nacional —según se infiere de los arts. 86, inc. 3º, y 67, inc. 27—, no

[13] Véase y. V. Álvarez Rodríguez, en la *Convención Constituyente de 1948*, "Diario de Sesiones", t. I, pág. 530. Cit. por P. Ramella, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, s/edit., 1960, pág. 639.

existiendo razón constitucional alguna para que no ocurra lo mismo en lo judicial puesto que de la combinación de los artículos 67, inciso 11, 94 y 100, Constitución Nacional, resulta que la justicia nacional ha sido creada distinguiéndola de la *provincial*. Se aclara aún más esto diciendo que la capital de la Nación no es, para la Constitución (art. 3º), una provincia sino un territorio federalizado. Si los jueces de la capital son, en consecuencia, los del artículo 94 de la Constitución, entonces son inamovibles mientras dure su buena conducta, sus sueldos son irreducibles y su responsabilidad se hará efectiva por el llamado "juicio político".

Por tanto, según el esquema constitucional del poder judicial en Argentina, son los miembros de la Corte Suprema, los jueces de la justicia federal (cámaras y juzgados) y los jueces ordinarios de la Capital Federal (cámaras y juzgados), los magistrados judiciales que aparecen garantizados por los rasgos de soberanía e independencia que emergen de la Constitución, y todos ellos integran el complejo de sujetos (órganos judiciales) que se denomina poder judicial de la Nación. Los magistrados, integrantes de las distintas justicias provinciales en todos sus niveles, quedan sujetos al régimen que establecen las respectivas constituciones provinciales.

Este es, en resumen, el sistema constitucional de la función judicial en Argentina. Según este sistema, por otra parte, es el presidente de la República quien nombra a los magistrados de la Corte Suprema y los demás tribunales federales inferiores, con acuerdo del Senado (Const. Nac., art. 86, inc. 5º), lo cual también ocurre en relación con los jueces que integran los tribunales ordinarios de la Capital Federal (art. 2º del decr.-ley 1285 de 1958, ratificado por la ley 14.467, sobre *organización de la justicia nacional*). No obstante ello, la selección y el reclutamiento, nombramiento y promoción de los magistrados del poder judicial son tareas que atañen al poder ejecutivo quien las ejerce por medio del Ministerio de Justicia, con lo cual: 1) aumenta aun más la influencia del poder ejecutivo en la organización institucional argentina por esa facultad exclusiva de elegir a los candidatos; 2) se burla la alardeada independencia del poder judicial por la subordinación moral del juez favorecido o que aspira a un ascenso, hacia el presidente; 3) muchas veces, el candidato no es precisamente quien se haya distinguido como jurista, sino un amigo político del presidente o de los adictos a este; 4) por último, repugna al principio republicano y desvirtúa la enfatizada división de poderes el que la magistratura judicial dependa del arbitrio presidencial.

Hay, así mismo, una relación de jerarquía entre los juzgados de primera instancia, las cámaras de apelación (nacionales y federales) y la Corte Suprema de Justicia, que implica una organización piramidal de la administración de justicia. Aun cuando, como he dicho, la intervención del poder ejecutivo es decisiva y única en los sistemas de promoción de los magistrados, existe un poder disciplinario, ejercido por los tribunales superiores en grado, que es sin duda limitativo de la libre actuación de los jueces llamados *inferiores*, cuyas resolucio-

nes —más allá de compadecerse con el derecho positivo vigente— deben "agradar en estilo, contenido valorativo y prescindencia política a los magistrados de alzada. Es verdad que la propia Constitución nacional utiliza un lenguaje que prescribe la concepción jerárquica en la organización judicial ("tribunales inferiores", en los arts. 94, 96 y 100), pero ella está más referida a la diversidad de jurisdicciones que a la diversidad de poder. Pese a lo cual, la concepción tradicional de la jerarquía puesta de manifiesto por los propios integrantes del cuerpo judicial ha estado en la Argentina claramente dirigida a inducir en los jueces la homogeneidad ideológica y el conformismo. No debe extrañar, entonces, que el conocido reclamo de la aristocracia judicial porteña[*] para que se instituya la llamada "carrera judicial" —que de un lado supone condiciones de afianzamiento y seguridad para la profesionalidad del juez, pero que, por otro, mantiene y profundiza la concepción jerárquica de la función judicial también mediante el sometimiento corporativo—, haya encontrado eco en las épocas de regímenes *de facto*. Efectivamente, ha sido siempre durante los gobiernos militares, sobre todo a partir de 1966 y luego, con más fuerza, en 1976, cuando nacieron diversos proyectos tendentes a esa institucionalización, orientados por los respectivos ministros de Justicia que en aquellas épocas salieron invariablemente del propio ámbito judicial.

Los condicionamientos que supone el sistema descrito son de carácter interno a la propia organización de la administración de justicia en Argentina. El influjo negativo que ejercen semejantes limitaciones al principio de independencia, se complementa con otro condicionamiento de carácter externo, el cual se conforma mediante la presencia de una particular estructura de clases sociales. En efecto, en un estudio anterior sobre el tema[14] se llegó a la conclusión de que lo que se conoce como poder judicial de la nación está actualmente constituido por elementos provenientes de las clases medias tanto residuales como emergentes, según la categorización de Graciarena[15]. Ambos estratos revelan y trasuntan en sus decisiones una mentalidad preñada de los resabios patricios de que está imbuida la oligarquía argentina (antaño ligada a los intereses de la tierra, hogaño vinculada a la administración de las utilidades que produce el capital oligopólico internacional), la cual, en razón de vínculos familiares, amistosos o por simple cooptación de sus integrantes, trasladó a la clase judicial sus valores sociales y pautas de comportamiento.

Debido al carácter de esta contribución no haré hincapié en describir la situación de sometimiento —puede decirse de postración— a que ha llegado esa clase judicial como cuerpo, sobre todo con motivo del avasallamiento de las

[*] De la ciudad de Buenos Aires.

[14] Véase R. Bergalli, "Jueces e intereses sociales en Argentina", en *Crítica a la criminología*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 245-265.

[15] Cfr. J. Graciarena, *Poder y clases sociales en el desarrollo de América Latina*, Biblioteca América Latina, serie menor, núm. 5, Buenos Aires, Paidós, 1976, págs. 157 y ss.

libertades individuales y de los otros derechos humanos más fundamentales de que ha sido objeto el pueblo argentino en estos últimos años. De ello basta solo una prueba que viene suministrada por el comportamiento casi unánime —salvo raras excepciones— demostrado por la Corte Suprema de Justicia, las cámaras de apelación y los jueces de primera instancia en materia de conocimiento en *habeas corpus*, interpuestos en casos de detenciones— desapariciones y de detenciones a disposición del poder ejecutivo, situaciones en las cuales —se puede decir—, corroborando una aberrante prescindencia revelada desde 1930 en relación con actos de los poderes administradores *de facto*, la administración judicial se ha abstraído de las investigaciones en los casos de tan flagrantes violaciones de derechos humanos ejecutadas por el poder político-castrense.

— II —

La necesidad de plantearse una reconstitución del poder judicial argentino sobre bases democráticas, debe proponerse desde la modelación de las instancias o momentos de la administración de justicia que por su naturaleza tengan la posibilidad de conectarla con mayor facilidad a la realidad social en la que debe actuar.

Un planteamiento similar tuvieron que formularse las sociedades que, sobre la mitad de este siglo, salieron de una larga noche como la constituida por los regímenes fascistas. Ahí están, para testimoniar lo afirmado, los procesos constitucionales alemán federal e italiano y el muy actual español, sin olvidar el francés. En todos ellos, la cuestión judicial ha tenido una atención preferente por el papel que ella desempeña como elemento definidor de la forma-Estado social y democrática de derecho. En efecto, si bien en el concepto liberal del Estado de derecho estaba muy presente el elemento de seguridad jurídica que se obtiene con la existencia y el funcionamiento del control judicial, es solo en el Estado social y democrático de derecho donde paulatinamente se ha ido conformando en esos países cuando los demás rasgos connotadores de aquel: a) imperio de la ley; b) división de poderes; c) legalidad de la administración, y d) garantía jurídico-formal y efectiva realización de los derechos y deberes fundamentales[16], adquieren la dimensión necesaria para corregir el individualismo clásico liberal, por medio de una afirmación de los llamados derechos sociales y de una realización de objetivos de justicia social, pero también para superar el neocapitalismo regresivo mediante la transformación radical de las relaciones de producción y un cambio en el control de las fuerzas económicas, todo lo cual debería llevar a la incorporación y participación real de todos los individuos. Solo así la libertad-participación sustituirá a la libertad-alienación del capitalismo liberal.

[16] Esta es la categorización que formula E. Díaz, en *Estado de derecho y sociedad democrática*, 7ª ed., Madrid, Divulgación universitaria, Edit. Cuadernos para el Diálogo (Edicusa), 1979, págs. 29 y ss.

En la conformación de unas relaciones entre sociedad civil y Estado, en las cuales este último adquiera una auténtica identidad democrática, con suficiente representación de todos los grupos sociales; es entonces, imprescindible determinar cuáles son esos momentos de la administración de justicia que posibiliten su democratización. En este sentido es evidente que no hay fórmulas determinadas y que toda tentativa dirigida a semejante fin debe pasar por experiencias histórico-culturales propias. El caso argentino es uno en el cual se mantienen los mismos moldes de una administración de justicia enclavada como un cuerpo separado, una zona de poder separada de la sociedad, tal como hace diez años caracterizaba SENESE el sistema judicial italiano[17]. Mientras esto ocurre, la sociedad civil argentina no es seguramente la misma respecto de la cual fue pensado el ordenamiento judicial, a la vista de los profundos conflictos, tensiones y cambios acaecidos sobre todo en los últimos años. Es indudable que ese ordenamiento ha sido condicionado por el quehacer práctico o técnico-jurídico. Esto ha ocurrido así porque como ya lo he adelantado, la forma tradicional de entender la función judicial en la Argentina ha tomado siempre como punto de partida los postulados de imparcialidad del Estado y neutralidad del derecho, llegando necesariamente a la inexcusable exigencia de fidelidad ciega del juez a la ley del Estado y a la visión de la actividad jurisdiccional como puramente técnica.

A) Por tanto, es necesario afirmar aquí que el principio de la independencia judicial, contrariamente a la tradición argentina que se ha expuesto, comienza a verificarse solo mediante el cambio que ha de propiciarse a partir de una nueva forma de concebir el derecho y la jurisprudencia. En efecto, si se considera que una contribución democrática de la cultura jurídica en formaciones sociales que pasan por un período de profunda crisis, consiste en afianzar una práctica jurídico-política específica que tienda a la solución emancipadora de las tensiones y contradicciones de dichas formaciones[18], o, lo que es lo mismo, a ampliar los espacios democráticos en el nivel jurídico de la sociedad, es entonces, necesario proyectar y realizar una cultura y una práctica jurídicas *alternativas* a la cultura y a la práctica dominantes, a fin de, sin romper la legalidad establecida, favorecer en el plano jurídico —y especialmente en el judicial— determinados intereses o determinada práctica social: los intereses y la práctica de aquellos "sujetos jurídicos" que se encuentran sometidos por relaciones sociales de dominación. Si se acepta esta sugerencia es indudable, pues, que la fundamentación del principio de la independencia judicial ha de tomar senderos muy opuestos a los tradicionalmente transitados y ha de arrancar de una concepción radicalmente divergente.

[17] Véase S. SENESE, "Apparato giuridico e logica del sistema", en *Problemi del socialismo*, núm. 18, 3ª serie, 1973, págs. 821-839, en especial, pág. 825.

[18] Este concepto es el que esboza y afirma M. SAAVEDRA LÓPEZ, "Interpretación jurídica y uso alternativo del derecho", en *Sobre el uso alternativo del derecho*, cit. en la nota 10, págs. 33-60, sobre todo pág. 35.