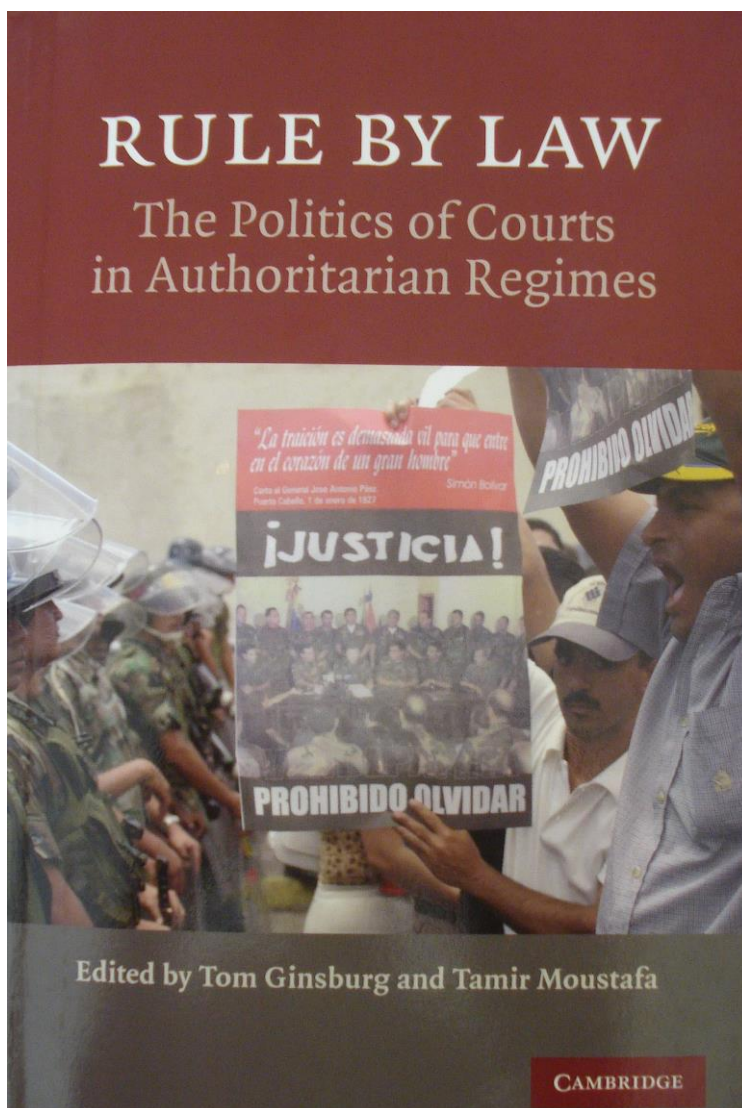


TOM GINSBURG & TAMIR MOUSTAFA (EDS.),
RULE BY LAW. THE POLITICS OF COURTS IN AUTHORITARIAN REGIMES,
CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, CAMBRIDGE, 2008, 378 P.

Jeanne HERSANT (*)



(*) Doctora en Sociología (EHESS de Paris), investigadora del Centro de Estudios Avanzados y de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Playa Ancha, Valparaíso, Chile. jeanne.hm@gmail.com

**Tom Ginsburg & Tamir Moustafa (eds.),
Rule by Law. The Politics of Courts in Authoritarian Regimes,
Cambridge University Press, Cambridge, 2008, 378 p.**

Jeanne HERSANT

El libro empieza con un recorrido de los estudios sobre las relaciones entre lo político y lo judicial (*judicial politics*) en los últimos veinte años¹. Si bien en los últimos años se produjo un sinnúmero de trabajos sobre el tema de la política en lo judicial – en una gran variedad de regiones y con enfoques distintos –, se ha dado relativamente poca importancia a la dinámica propia de lo judicial en contextos no democráticos. Sin embargo, con más de la mitad de los Estados del mundo perteneciendo a la categoría de regímenes autoritarios o semi-autoritarios, no se puede desconocer la realidad de lo judicial en contextos no democráticos. Entonces, sobre la base de varios estudios de casos de distintos países y contextos políticos, e incluyendo algunos capítulos más teóricos, este libro indaga en la relación entre lo político y lo judicial en regímenes autoritarios de los siglos XX y XXI. Se trata de romper con el lugar común acerca de la no autonomía del poder judicial en los regímenes autoritarios: se supone que al estar subordinado a los gobernantes, el poder judicial no tendría influencia política. Por el contrario, estos estudios demuestran que en varios casos los tribunales pasan a ser importantes lugares de resistencia política, y se hace hincapié en el análisis en la dimensión propiamente institucional de las relaciones entre lo político y lo judicial. En las dictaduras chilena y argentina de los años 1970, por ejemplo, es la debilidad de las instituciones judiciales la circunstancia que permite entender porqué en estos países los tribunales no fueron capaces de constituirse en lugares de resistencia, cuando el resto del orden constitucional había sido marginalizado.

En la introducción del libro se plantea también el tema de las funciones de los tribunales en regímenes autoritarios. Además de la “función rutinaria y universal de resolución de conflictos de baja intensidad”², los autores identifican cinco funciones, que no son excluyentes las unas de las otras. De acuerdo a aquéllas, los tribunales en contexto autoritario sirven para (1) establecer control social y marginar a los opositores

¹ Moustafa, Tanir & Ginsburg, Tom, “Introduction: The Functions of Courts in Authoritarian Regimes”, p. 1-22.

² Shapiro, Martin, *Courts: A Comparative and Political Analysis*, University of Chicago Press, Chicago, 1981. Citado por Moustafa, Tanir & Ginsburg, Tom, “Introduction...”, Op. Cit., p. 2-3.

políticos; (2) reforzar las pretensiones de un régimen a existir dentro de una legitimidad “legal”; (3) reforzar la coherencia dentro del aparato burocrático del Estado y resolver los problemas de coordinación entre las distintas facciones del régimen, que pudiesen estar en competencia entre ellas; (4) facilitar el negocio y las inversiones; y (5) delegar a las instituciones judiciales la implementación de reformas polémicas.

A continuación, Moustafa y Ginsburg abordan el tema de la sustentabilidad de los regímenes autoritarios y la manera en que el hecho de apoyarse en instituciones judiciales les permite mantenerse en el tiempo, tanto económica como políticamente. Desde una perspectiva económica, los regímenes estables suelen priorizar una arquitectura institucional y judicial que les permita maximizar tanto el crecimiento económico a largo plazo como la recaudación de impuestos. En cuanto a lo político, en un contexto democrático, los partidos en el poder incentivan el empoderamiento de lo judicial porque creen que el régimen y sus instituciones permanecerán sin ellos. En un contexto autoritario, por el contrario, los regímenes con amplio horizonte de tiempo suelen empoderar lo judicial para que éste les permita mantenerse en el poder. Ahí los autores plantean una idea importante que rompe con una prenoción muy común: “existe menos diferencia de lo que se piensa entre los regímenes autoritarios y democráticos en cuanto a la temporalidad del empoderamiento judicial”³.

Este argumento es ilustrado de distintas maneras en varios artículos del libro. De hecho, con excepción de los capítulos que tratan sobre las dictaduras chilena, brasileña y argentina del siglo pasado, y el caso paradigmático de China, todos los estudios de caso examinan situaciones autoritarias que sin embargo existen formalmente como democráticas. Es decir, regímenes que cuentan por lo menos con elecciones libres con regularidad establecida: Egipto, Turquía, Irán, Singapur, México, Uganda, Zimbabwe, Rusia. El caso de Singapur es emblemático: además de mantener elecciones libres, se registra una muy amplia circulación de los medios de comunicación occidentales y un también muy amplio uso de internet en la ciudadanía. Hasta Lee Kuan Yew, Primer Ministro desde hace 30 años, siempre se ha mantenido fiel a los principios del Estado de derecho, los cuales han permitido el espectacular desarrollo económico de la isla. Esto lleva al autor del capítulo, Gordon Silverstein⁴, a plantear que se ha generalizado un error epistemológico al equiparar la democracia liberal (y su maximización de las libertades individuales) con el Estado de derecho: “el Estado de derecho puede ser un requisito para la democracia liberal, pero la democracia liberal no necesariamente es el producto del Estado de derecho”⁵.

Sin embargo, el empoderamiento de lo judicial en contextos autoritarios es una espada de doble filo. Esa constatación lleva a los autores a plantear el cuarto tema que sustenta la reflexión colectiva desarrollada en el libro: la manera en que los regímenes autoritarios mantienen los tribunales bajo control. Generalmente, los gobernantes

³ Moustafa, Tanir & Ginsburg, Tom, “Introduction...”, Op. Cit., p.12.

⁴ Silverstein, Gordon, “Singapore: the exception that proves rules matter”, p. 73-101.

⁵ Silverstein, Gordon, “Singapore: the exception...”, Op. Cit., p. 74.

restringen la actividad judicial de manera sutil, sin violar abiertamente la autonomía del poder judicial. Ahí los autores destacan tres estrategias: (1) inducir la auto-coacción del poder judicial: los jueces reformistas suelen ocupar una posición precaria dentro del orden jurídico-político; (2) armar arquitecturas judiciales fragmentadas: una o más cortes excepcionales funcionan paralelamente al sistema judicial regular; (3) coercer el acceso a la justicia: levantar dificultades administrativas que dificulten la acción tanto de los querellantes como de los jueces. Se trata también de mantener a los funcionarios bajo supervisión y evitar, en general, que el Estado sea desafiado por los tribunales; y (4) cortar la capacidad de apoyo al poder judicial proveniente de redes sociales, tales como los defensores de derechos (*rights advocates*): esas redes constituyen un peligro para los regímenes autoritarios en la medida en que son capaces de organizarse y levantar campañas y demandas, movilizando acciones incluso dentro del poder judicial.

Los capítulos de Beatriz Magaloni⁶ y Tamir Moustafa⁷ tratan de regímenes autoritarios que empoderan el poder judicial (por lo menos la justicia administrativa) para fiscalizar y vigilar a los funcionarios públicos, y también para disminuir los niveles de corrupción. En el caso de Egipto, esto abrió un inesperado espacio de protesta política para los ciudadanos, mientras por su parte, el gobierno mexicano logró mantener a los tribunales dentro de un muy limitado “espacio constitucional” con el objeto de debilitarlos. Tom Ginsburg destaca a nivel más teórico el papel ambiguo del derecho administrativo, en varios contextos autoritarios, porque actúa como herramienta de control judicial y también social, lo que permite mantener a los funcionarios públicos bajo vigilancia “en nombre de la ciudadanía”⁸. El capítulo escrito por Hilton L. Root y Karen May⁹ sistematiza la reflexión en torno a lo político y a lo judicial en contextos autoritarios, desde la perspectiva del desarrollo económico y el papel de los tribunales en la economía.

A continuación, se hará hincapié en los tres capítulos del libro que se relacionan con el contexto chileno y latinoamericano y con dictaduras propiamente tales. En efecto, tal como subraya Miguel Schor, “no es por casualidad si el libro cuenta con varios capítulos dedicados a la situación América latina. Los países de la zona tienen una larga tradición en mezclar autoritarismo y legalidad”¹⁰.

El capítulo de Anthony W. Pereira enfatiza la amplia variación que existió en torno al uso de los tribunales militares (*security courts*), destinados a enjuiciar a los disidentes

⁶ Magaloni, Beatriz, “Enforcing the autocratic political order and the role of courts: The case of Mexico”, p. 180-206.

⁷ Moustafa, Tamir, “Law and resistance in authoritarian states: The judicialization of politics in Egypt”, p. 132-155.

⁸ Ginsburg, Tom, “Administrative Law and the Judicial Control of Agents in Authoritarian Regimes”, p. 58-72.

⁹ May, Karen, “Judicial Systems and Economic Development”, p. 304-325.

¹⁰ Schor, Miguel, “Book Review: *Rule By Law. The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*”, *Law and Society Review*, vol. 43, n°1, 2009, p. 242, <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1540-5893.2009.00371.10.x/pdf>, consultado el 2 de Octubre del 2014.

políticos en tres dictaduras militares de América latina, la de Brazil (1964-1985), la de Chile (1973-1990) y la de Argentina (1976-1983)¹¹. Si bien los tres regímenes fueron bastante parecidos, cada uno tuvo un uso muy distinto de los tribunales militares. En esto las cifras dicen mucho. La proporción de presos políticos que fueron enjuiciados en comparación con aquellos que fueron asesinados por el Estado varía de un régimen al otro. En Brazil, la proporción fue de 23 presos políticos juzgados por cada persona desaparecida o ejecutada de manera extrajudicial. En Chile, la proporción fue de 1,5 por 1, mostrando una estricta paridad entre represión judicial y extrajudicial. En Argentina, solamente una persona fue juzgada por cada 71 personas desaparecidas. En consecuencia, donde el consenso, la cooperación e integración entre lo judicial y lo militar fueron más altos, la represión gubernamental descansó fuertemente en los tribunales militares, y el sistema legal fue modificado de manera conservadora e incremental. Esa configuración ocurrió en el caso de Brazil. Allí donde el poder militar rompió con las élites judiciales, como sucedió en Argentina, la represión fue un asalto radical, mayormente extra judicial, a los procedimientos legales tradicionales. Donde los poderes militar y judicial fueron mantenidos separados, y la cooperación fue limitada, la represión tomó una forma intermedia entre ambos polos anteriormente mencionados. Ese resultado puede verse en Chile.

Tras una serie de comparaciones, quizás menos convincentes – debido a la diferencia de contextos históricos y sociales –, establecidas entre la dictadura argentina y el régimen nazi en Alemania (1933-1945); entre la dictadura chilena y la de Franco en España (1939-1975); y entre la dictadura brasileña y la de Salazar, en Portugal (1926-1974); Pereira concluye su capítulo con reflexiones relativas a la situación de Estados Unidos y el acontecimiento del 11 de septiembre de 2001: “No deja de llamar la atención el hecho de que las comisiones militares establecidas para juzgar los detenidos de Guantánamo sean similares a las cortes militares utilizadas contra la oposición por los regímenes militares brasileño y chileno”¹².

El punto de partida del capítulo de Lisa Hilbink¹³ es el siguiente: tras el golpe de Estado del 11 de Septiembre del 1973, el Congreso Nacional chileno fue cerrado, los partidos políticos prohibidos y la administración pública purgada. Sin embargo, la junta militar se negó a intervenir el Poder Judicial, argumentando su respeto al Estado de derecho. Lo planteado por Hilbink repite las polémicas surgidas en Chile en el cuarentavo aniversario de la toma de poder de la junta militar (en particular, respecto de la negación del recurso de amparo): pese a la independencia formal del Poder Judicial – cuyo compromiso con la democracia estaba mucho más arraigado que en otros países del continente –, las cortes de justicia chilenas no intentaron nunca desafiar a las políticas ilegales y antidemocráticas del gobierno militar.

¹¹ Pereira, Anthony W., “Of Judges and Generals: Security Courts under Authoritarian Regimes in Argentina, Brazil, and Chile”, p. 23-57.

¹² W. Pereira, Anthony, “Of Judges and Generals...”, Op. Cit., p. 49.

¹³ Hilbink, Lisa, “Agents of Anti-Politics: Courts in Pinochet’s Chile”, p. 102-131.

De partida, Hilbink revisa y descarta varios factores que pudieran haber explicado, al menos parcialmente, la pasividad del Poder Judicial frente a las violaciones de derechos humanos:

1. Si bien existieron tentativas del gobierno militar para controlar el Poder Judicial, éstas fueron siempre indirectas. Generalmente, en vez de intervenir en el proceso judicial, el gobierno militar prefirió restringir el alcance jurisdiccional de las cortes ordinarias y ampliar el de los tribunales militares, sobre los cuales tenía un control más directo. Son más bien los jueces quienes demostraron una visión muy restringida de su propio papel, tal como lo revelan las decisiones de justicia analizadas por la autora desde los años 1960 y hasta los años 2000.

2. En segundo lugar, Hilbink descarta la posibilidad de que la mayoría de los jueces haya sido partidaria de Pinochet: las entrevistas que realizó muestran una realidad contrastada en cuanto a sus preferencias políticas.

3. Hilbink descarta también la idea de que los jueces apoyaron al golpe de Estado para proteger sus intereses de clase privilegiada. Muchos abogados y políticos que promovieron los derechos humanos provenían también de la élite social chilena. Además, en realidad, muchos de los jueces en ejercicio al momento del golpe militar provenían de sectores muy humildes y habían escogido la carrera judicial por su seguridad y su respectabilidad.

4. La explicación que más éxito ha tenido, según Hilbink, es la que postula que la tradición jurídica positivista en Chile impedía a los jueces ir más allá de la letra de la ley. Dicho de otra manera, los jueces aplicaban pasiva y mecánicamente la ley, sin preocuparse por las consecuencias de sus decisiones. Basándose en su análisis de las decisiones judiciales, Hilbink plantea que la actitud de los jueces no tenía tanto que ver con el compromiso con la letra de la ley como con un “apolitismo”¹⁴ que significaba en realidad que tenían que mostrar un apoyo incondicional al poder ejecutivo.

Este último argumento constituye el nudo de la argumentación de Lisa Hilbink. La institución judicial en Chile se caracteriza por una organización e ideología propias. Por un lado, es una institución muy autónoma de lo político: desde los años 1920, los jueces de la Corte Suprema son intocables y controlan el dispositivo de evaluación y remuneración de todos los demás miembros del Poder Judicial, desde los jueces hasta los bodegueros de los tribunales. Concretamente, la carrera de los jueces de los tribunales de primer instancia estaba en manos de sus superiores jerárquicos, lo que favoreció la actitud de “temor reverencial” hacia éstos, generando la ausencia de toma de posiciones que pudieran oponerse a la Corte Suprema, respecto de lo propiamente judicial como de lo político. El diseño institucional del Poder Judicial desalentó y desalienta todavía la toma de decisión innovadora e independiente.

¹⁴ Hilbink, Lisa, “Agents of Anti-Politics...”, Op. Cit., p.119-120.

Por otro lado, la propia historia de la institución judicial dentro del proceso de construcción del Estado en Chile explica tanto la ideología del apolitismo como el conservadurismo de la Corte Suprema, que apoyó explícitamente el golpe de Estado del 11 de Septiembre del 1973 contra el Presidente Allende. La definición de lo “político” y lo “judicial” fue establecida en el siglo XIX cuando se instalaron y definieron las fundaciones del Estado de derecho en Chile. La doctrina de separación de los poderes fue interpretada de manera muy estricta: los jueces se encargarían del derecho privado (propiedad y contratos) y los políticos del derecho público (orden público y moralidad). En las décadas siguientes, el poder judicial permaneció mudo ante los abusos del gobierno, excepto cuando se trató de reformar temas relacionados con la propiedad privada (como sucedió en la segunda mitad del siglo XX durante los gobiernos de Eduardo Frei y Salvador Allende). Al final, para muchos jueces, explica Hilbink, permanecer leal al gobierno militar, que se auto-proclamó “apolítico”, no fue una decisión estratégica consciente, sino solamente una manera de conformarse a las expectativas del entorno profesional¹⁵.

El capítulo de Robert Barros¹⁶ examina la manera en que funcionan los tribunales civiles “fuera de contexto”, es decir en tiempos de dictadura, tomando como ejemplo los gobiernos militares en Argentina y Chile. Basado en el análisis de los informes de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, CONADEP (Argentina) y de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, conocida como Comisión Rettig (Chile), Robert Barros cuestiona el supuesto “fracaso judicial” en ambos países. Ese calificativo alude a un cierto acuerdo público según cual, aun en contextos autoritarios, los tribunales tendrían atribuciones constitucionales que les deberían haber permitido detener o evitar las masivas violaciones de derechos humanos ocurridas en ambos países. A diferencia de Lisa Hilbink, el argumento de Barros es que el contexto político impuesto por los gobiernos militares impidió o disminuyó la capacidad de intervención de los poderes judiciales en tanto instituciones que ponen límites a la represión arbitraria. También plantea lo siguiente: las cortes de justicia en Chile y Argentina pueden ser acusadas de violaciones de derecho precisamente porque en ellas descansaban las expectativas respecto de la protección de los derechos humanos, originadas en contextos democráticos previos.

El libro cierra con el capítulo de quien contribuyó a inspirar esta reflexión colectiva, Martin Shapiro: este autor contextualiza histórica e intelectualmente el desarrollo de los estudios en el ámbito de los llamados “*judicial politics*”¹⁷. También subraya el desafío político, planteado por varios autores del libro, que constituye el fortalecimiento del Poder Judicial por parte de los regímenes autoritarios cuando buscan legitimación nacional e internacional: Shapiro recuerda que siempre existe la posibilidad, para las

¹⁵ Hilbink, Lisa, “Agents of Anti-Politics...”, Op. Cit., p. 127.

¹⁶ Barros, Robert, “Courts out of context: Authoritarian sources of judicial failure in Chile (1973-1990) and Argentina (1976-1983)”, p. 156-179.

¹⁷ Shapiro, Martin, “Courts in Authoritarian Regimes”, p. 326-335.

cortes de justicia, de empoderarse a sí mismas, de manera autónoma, en este estrecho espacio otorgado por un régimen autoritario, introduciendo, aunque sea marginalmente, espacios de protección de los derechos humanos¹⁸.

En conclusión, y para retomar la idea fuerza del libro de Ginsburg y Moustafa – el empoderamiento de las instituciones judiciales es una condición de estabilidad tanto para los regímenes democráticos como los autoritarios – quisiera destacar el siguiente planteamiento: “lo sorprendente es el desarrollo de cortes auténticamente activas y populares dentro de regímenes autoritarios (...) El desafío para los académicos, entonces, es explicar cómo y por qué estos tribunales pasan a ser – en algunos casos – instituciones confiables”¹⁹.

¹⁸ Shapiro, Martin, “Courts in Authoritarian Regimes”, Op. Cit., p. 330.

¹⁹ Landry, Pierre, “The institutional diffusion of courts in China: Evidence from survey data”, p. 207.