



## Jueces e irregularidades de funcionarios políticos. Problemas organizacionales y la independencia de los jueces

Henry Trujillo<sup>1</sup>

*Judges and irregularities of political officials. Organizational problems and the independence of judges.*

*Juízes e irregularidades de funcionários políticos. Problemas organizacionais e a independência dos juízes.*

**Resumen:** *En este trabajo intentaremos discutir algunos aspectos referidos a los procesamientos judiciales de funcionarios políticos por irregularidades cometidas en el ejercicio de la función pública. En primer lugar, haremos una breve historia de la evolución del fenómeno. A continuación, propondremos cuatro categorías de acciones que encuadran en los procesos judiciales de este tipo: i) irregularidades que tienen por fin permitir el ejercicio de la función pública; ii) irregularidades cometidas en el marco de prácticas clientelísticas o rentistas; iii) irregularidades cometidas para financiar grupos políticos; y (iv) irregularidades cometidas en provecho de los propios autores. Argumentaremos que el primer tipo comprende acciones que en rigor no son delictivas, pero que pueden ser etiquetadas como tales en el marco de una contienda política aguda. Estas irregularidades permiten o facilitan el desarrollo de prácticas comprendidas en la segunda y tercer categoría, lo que a su vez genera el marco que propicia la aparición de acciones de la cuarta categoría. Finalmente, argumentaremos que el abordaje constructivo de estos problemas no pasa tanto por reformas penales, sino por el fortalecimiento de la independencia de los jueces, lo que, contrariamente a lo que se supone, no necesariamente implica su empoderamiento.*

**Palabras clave:** *Judicialización, política, independencia judicial, irregularidades, Uruguay.*

---

<sup>1</sup> Instituto de Sociología Jurídica. Facultad de Derecho, Universidad de la República. Contacto: [henryt@montevideo.com.uy](mailto:henryt@montevideo.com.uy). ID ORCID: 0000-0002-9638-981X.

**Abstract:** *In this paper we will try to discuss some aspects related to the judicial prosecutions of political officials for irregularities committed in the exercise of public function. First, we will make a brief history of the evolution of the phenomenon. Next, we will propose four categories of actions that frame the judicial processes of this type: i) irregularities that have the purpose of allowing the exercise of the public function; ii) irregularities committed in the framework of clientelistic or rentier practices; iii) irregularities committed to finance political groups; and (iv) irregularities committed for the benefit of the authors themselves. We will argue that the first type includes actions that are not strictly criminal, but that can be labeled as such in the context of an acute political contest. These irregularities allow or facilitate the development of practices included in the second and third category, which in turn generates the framework that encourages the emergence of actions in the fourth category. Finally, we will argue that the constructive approach to these problems is not so much about penal reforms, but about strengthening the independence of judges, which, contrary to what is supposed, does not necessarily imply their empowerment.*

**Key words:** *Judicialization, politics, judicial independence, irregularities, Uruguay.*

**Resumo:** *Neste artigo, tentaremos discutir alguns aspectos relacionados aos processos judiciais de funcionários políticos por irregularidades cometidas no exercício da função pública. Primeiro, faremos uma breve história da evolução do fenômeno. A seguir, proporemos quatro categorias de ações que enquadram os processos judiciais desse tipo: i) irregularidades que têm o propósito de permitir o exercício da função pública; ii) irregularidades cometidas no âmbito de práticas clientelistas ou rentistas; iii) irregularidades cometidas para financiar grupos políticos; e (iv) irregularidades cometidas em benefício dos próprios autores. Argumentaremos que o primeiro tipo inclui ações que não são estritamente criminosas, mas que podem ser rotuladas como tal no contexto de uma disputa política aguda. Essas irregularidades permitem ou facilitam o desenvolvimento de práticas incluídas na segunda e terceira categoria, o que, por sua vez, gera o quadro que propicia a comissão de ações na quarta categoria. Finalmente, argumentaremos que a abordagem construtiva desses problemas não é tanto por reformas penais, mas sobre o fortalecimento da independência dos juízes, o que, ao contrário do que se supõe, não implica necessariamente em seu empoderamento.*

**Palavras-chave:** *Judicialização, política, independência judicial, irregularidades, Uruguai.*

## Introducción: conceptualización y antecedentes en América Latina

En los últimos años, la región ha vivido momentos políticos cruciales donde el protagonismo ha estado a cargo de actores del sistema jurídico, particularmente jueces y fiscales. Las situaciones más llamativas se han observado en Brasil, donde las investigaciones judiciales han terminado derribando jerarcas y han servido de base para la muy controvertida destitución de la presidente Rousseff, así como para el procesamiento de Lula da Silva y Michel Temer, entre otros. En Argentina las investigaciones judiciales han complicado a figuras del kirchnerismo, y probablemente lo harán en algunos años más con representantes del gobierno actual. En Uruguay las acusaciones penales de funcionarios políticos llevaron a la renuncia del vicepresidente en funciones, y se pueden enumerar varios casos de procesos penales en curso que implican a figuras políticas. En estos tres países, los hechos mencionados han relanzado el interés por el fenómeno de la *judicialización de la política* (y de politización de la justicia).

El término relanzar se justifica porque el fenómeno en sí comenzó en los años noventa, aunque la opinión pública parece considerarlo novedoso (seguramente por lo espectacular) cada vez que hechos como éstos vuelven a ocurrir. Pese a esto, la academia no parece haber avanzado demasiado en su comprensión. Constituye, entonces, un desafío persistente para las ciencias sociales. Posiblemente complica su conceptualización el hecho de que se trata de un fenómeno con varias aristas, y no necesariamente todas responden a la misma estructura causal.

Por lo tanto, conviene comenzar por una descripción del uso del término, y su relación con otros conceptos conexos, como juridificación o jurisdiccionalización. En principio, se suele ubicar el origen del concepto de *judicialización* de la política en un trabajo de Neal Tate y Torbjörn Vallinder en los años noventa, donde hacían referencia al crecimiento del poder de los jueces a nivel global, diferenciando dos procesos concretos: la intervención de los tribunales en las decisiones políticas, y la legalización de las formas de la política. Ferejhon (2002) incluye tres tendencias circunscriptas en la judicialización de la política: en primer lugar, el incremento de límites del ejercicio parlamentario y del poder de las instituciones legislativas; en segundo lugar, la tendencia de transformar a los tribunales en lugares donde se consagran políticas sustitutivas, vía sentencias; y en tercer lugar, la tendencia a regular la conducta política misma, estableciendo patrones de comportamiento aceptable. Couso (2010) vincula el empoderamiento de la justicia con la expansión de interpretaciones amplias de la constitución en aras de reconocer nuevos derechos, lo que a su vez puede haber sido favorecido por la instalación de tribunales constitucionales. También pueden haber contribuido la aparición de mecanismos procesales para el reconocimiento de tales derechos (como el recurso de amparo) y las estructuras de apoyo que facilitan el acceso a las

cortes (Smulovitz, 2010). Todos estos enfoques tienden a señalar dimensiones del concepto que pueden considerarse incluidos en la sistematización realizada por Blichner y Molander (2008), referido al concepto más amplio de *juridificación*. En ese trabajo, los autores identifican cinco dimensiones o aspectos que son referidos bajo ese término, y que incluyen desde la constitución de un orden legal al reconocimiento de los individuos como sujetos de derecho, pasando por el hecho de que los tribunales se encarguen de resolver conflictos en áreas en las que antes no intervenían.

Se puede sugerir que la mejor manera de ordenar el uso de las palabras es considerar que el concepto de judicialización está incluido como una dimensión dentro del concepto más amplio de *juridificación*. Entonces, se hablaría de judicialización, en este sentido estricto, cuando tenemos un proceso en el que los jueces resuelven conflictos en áreas que antes no atendían. Otros aspectos, como la aparición de regulaciones jurídicas de esferas de la vida social antes libradas a normas convencionales, caerían bajo el concepto de *juridificación*.

En este caso, usaremos el concepto de judicialización de la política en un sentido aún más restringido: la persecución judicial de casos de irregularidades cometidas por funcionarios de alto nivel (políticos) en el ejercicio de su función. Por tanto, estamos hablando solo de la persecución penal (en algunos casos se pueden incluir acciones civiles) de lo que habitualmente se denomina “corrupción”.

Los procesos de judicialización, en cualquiera de sus dimensiones, puede tener efectos positivos o negativos, y eso ha dado lugar a visiones “pesimistas” y visiones “encantadas” (Álvarez, 2015) sobre el tema. Así, la persecución de casos de corrupción seguramente es el aspecto menos controvertido de la intervención judicial en política, pero de todas maneras hay quienes lo ven con preocupación, puesto que entienden que los procesamientos de figuras de elite pueden abrir la puerta a formas espurias de hacer política, como parece haber ocurrido al menos en el mencionado caso de Brasil. Eso lleva a plantear este problema: ¿cómo controlar y evitar la corrupción, sin hacer del derecho un mecanismo ilegítimo de competencia política?

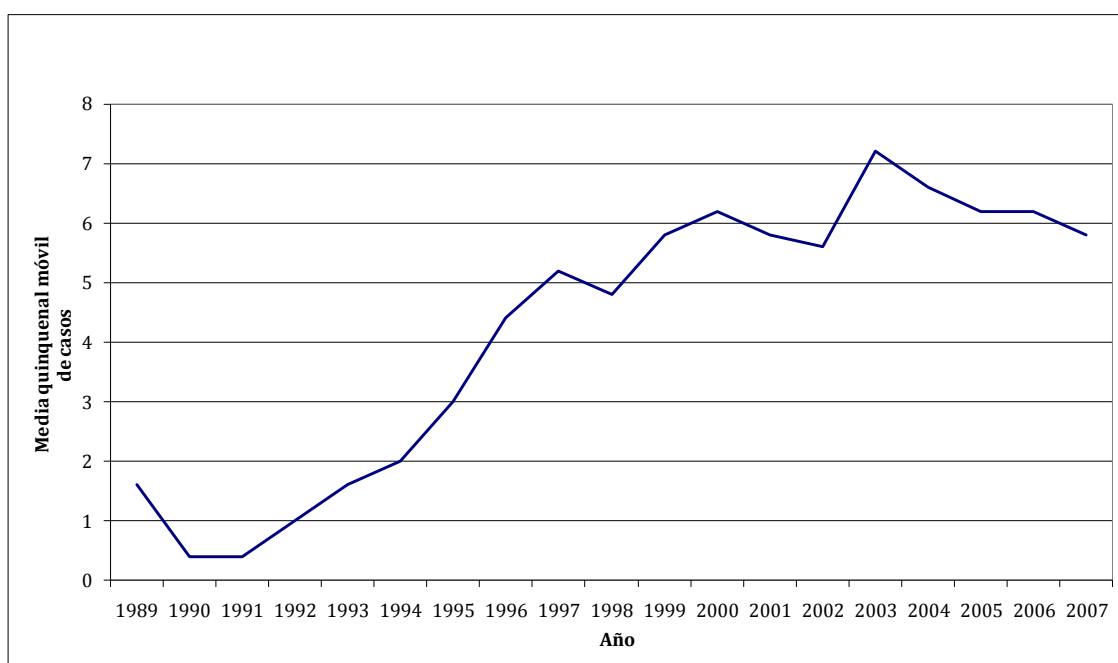
El objetivo de este trabajo es describir este fenómeno en Uruguay, señalar ciertos factores que lo impulsan o lo hacen visible, y proponer algunas medidas de política, que enlazan con la consideración de las bases constitucionales de la relación del Poder Judicial con el sistema político. De forma más concreta: con la independencia de los jueces.

### **La evolución del fenómeno en Uruguay**

En el caso de Uruguay, aunque menos espectacular que en otros países de la región, la judicialización de la política es un fenómeno que incursiona en el debate

público de forma recurrente. Tampoco aquí se trata de un fenómeno enteramente nuevo: casos de denuncias judiciales contra funcionarios políticos por irregularidades se dan desde el retorno de la democracia, y es muy probable que existieran en las décadas anteriores al golpe de Estado. Sin embargo, un conteo de casos realizados a través de la revisión de notas de prensa muestra un quiebre en la segunda mitad de los años 90 (gráfico 1) y cierta estabilización luego del 2002. Aunque puede ser discutible si la estrategia metodológica utilizada permite capturar todos los casos existentes<sup>2</sup>, no cabe duda de que sí permite registrar la tendencia. En líneas generales el fenómeno tuvo un crecimiento pero se ha estabilizado.

**Gráfico 1.**  
**Casos de irregularidades de funcionarios públicos de alto nivel llevados a la justicia: medias quinquenales móviles.**

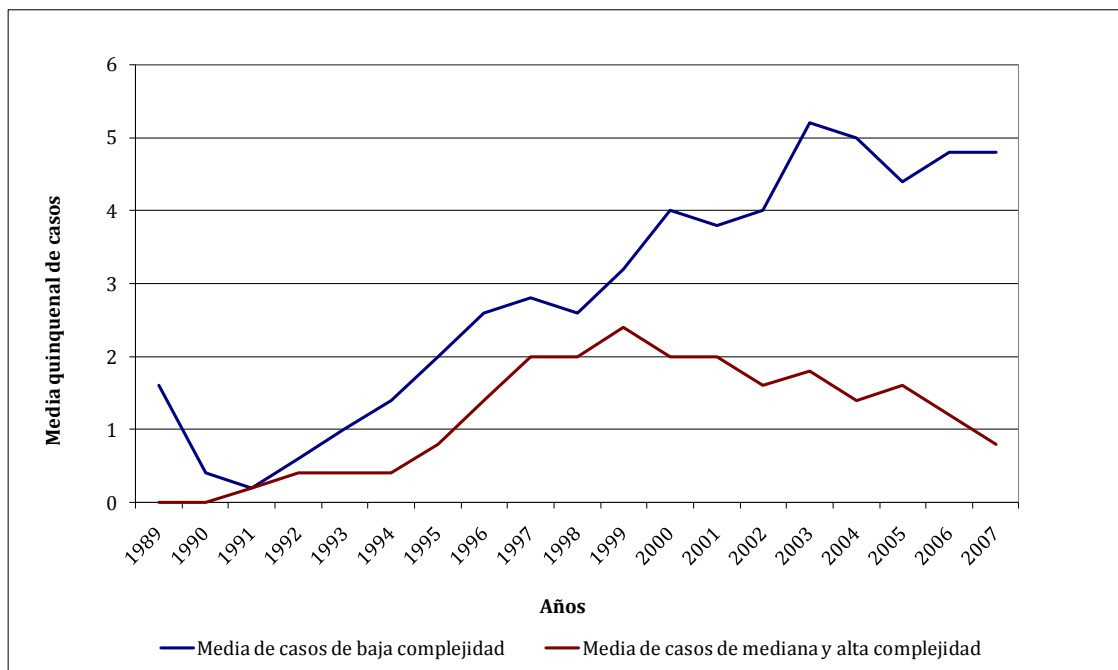


*Fuente: elaborado en base a datos presentados en Trujillo (2013).*

<sup>2</sup> Se definió como un caso el conjunto de acciones judiciales, cualesquiera sean estas (indagatorias, recepción de antecedentes de investigaciones parlamentarias sobre un hecho de apariencia delictiva, procesos propiamente dichos, etc.) emprendidas alrededor de un mismo tema. Se consideraron para este conteo los casos donde al menos uno de los implicados era un funcionario político, electo o no (se incluyen, por ejemplo, directores políticos de empresas públicas), y la acción judicial refería a un acto cometido en ejercicio de su función. La identificación de los casos se hizo mediante la revisión de los semanarios Brecha y Búsqueda, a lo que se agregó posteriormente búsquedas en archivos de otros medios de prensa para verificar si existían otros casos que debieran ser incluidos.

Un segundo elemento interesante es observar la complejidad<sup>3</sup> de los casos, que es indicador de la profundidad del conflicto. El gráfico 2 muestra que este tipo de casos ha tendido a descender.

**Gráfico 2.**  
**Casos de irregularidades de funcionarios públicos de alto nivel llevados a la justicia según nivel de complejidad: medias quinquenales móviles.**



*Fuente: elaborado en base a datos presentados en Trujillo (2013)*

Estos datos sugieren que por lo menos hasta promediar el primer período presidencial de la izquierda el fenómeno no está creciendo descontroladamente. Pero, por otra parte, resulta bastante claro que en Uruguay no puede hablarse de activismo de los jueces. En los años reseñados solo se han encontrado cuatro casos donde los jueces han actuado de oficio. Más importante aún: el origen de muchos de estos casos (quizás la mayoría absoluta) está en denuncias realizadas por miembros del sistema político contra otros, y no pocas veces se trata de denuncias cruzadas entre miembros de un mismo partido. En un total de 65 casos donde se tienen datos completos, y que fueron promovidos por actores políticos, en al menos 29 (un

<sup>3</sup> Se ha considerado “complejo” un caso que presenta estas dos características: el caso presenta al menos tres procesos judiciales (asuntos), y al menos uno de esos procesos corresponde a una contrademanda (el denunciado responde con otra denuncia, generalmente por difamación, contra el acusador). Cuando se dan las dos características, el caso es clasificado como de alta complejidad. Si aparece una sola, es de mediana complejidad.

44%) la promoción ha contado con la participación de un miembro del mismo partido que el indagado.

Estos hechos sugieren que en Uruguay, el origen del fenómeno debe hallarse principalmente en la dinámica de la competencia entre partidos, y no en factores relacionados con el sistema judicial, lo que es consistente con la observación de que la judicialización política se explica mejor por variables exógenas a los poderes judiciales (Hirschl, 2008). Por supuesto, los cambios experimentados por el Poder Judicial durante la dictadura y la primera fase de la recuperación democrática pueden haber influido, pero no hay elementos que sugieran un peso preponderante de estos factores. En otros trabajos hemos intentado proponer hipótesis para esto (Trujillo, 2013), pero aquí buscaremos más bien pensar en las políticas que pueden ser pensadas para mitigar el problema. Sin embargo, dado que para alguna línea de acción se debe tener una comprensión al menos general del fenómeno, se propondrá primero una tipología de casos que tiene por objetivo diferenciar internamente el fenómeno.

### **Propuesta de una tipología**

Para construir la tipología, se parte de esta idea: el fenómeno de la corrupción política escapa a cualquier definición esencialista. Esto es verdad para cualquier fenómeno social, pero en este caso se trata de un objeto particularmente elusivo, sin límites característicos ni permanentes. En realidad, los actos de “corrupción” no tienen una determinación estricta, sino que son producto de un conflictivo proceso de definición entre actores diversos, al igual que ocurre con cualquier otra conducta que se considerada desviada. En este sentido, la argumentación de Howard Becker sobre los procesos de desviación continúa siendo convincente, y podría decirse que en este tema es donde se hace más visible el carácter contingente, localmente situado, del acto irregular. En efecto, Becker entendía que alguien se constituía como desviado cuando un grupo lo etiquetaba como tal, y cuando ese grupo contaba con suficiente poder como para imponer la definición con éxito (Becker, 1971). Razonando a la inversa, cuando las asimetrías de poder entre acusadores y acusados son menores, se puede esperar que se haga más visible el carácter problemático de la definición de algo como “corrupción”. Y en efecto, los debates públicos sobre estos casos son luchas para imponer la etiqueta en las que el uso del Poder Judicial se comprende por la búsqueda de sumar el peso simbólico de sus decisiones.

Esto lleva a considerar que, así como en la desviación común puede haber, y hay, “falsos acusados”, también en la esfera política pueden existir situaciones donde una mirada imparcial no pueda encontrar elementos criminales. Obviamente, lo contrario también es cierto: algunos casos corresponden a delitos que cualquier observador imparcial calificaría como tal. El problema es cómo distinguir una

acusación falsa de un hecho delictivo “verdadero”, ya que siempre estamos dependiendo de una definición y por tanto de un proceso de tomas de posiciones colectivo y complejo. Por supuesto, si existe un Poder Judicial es para que alguien finalmente diga qué es lo que ha ocurrido y termine con el conflicto.

Nuestro argumento es que si esto es verdad para cualquier situación, es particularmente cierto en el caso de las irregularidades cometidas por funcionarios políticos. El estado, como organización, es un sistema particularmente complejo. Aunque es una afirmación discutible, puede decirse que es prácticamente imposible que una organización compleja funcione sin apartarse en algún momento de las disposiciones jurídicas que regulan su funcionamiento. De hecho, esto se puede deducir de la observación de que el funcionamiento de una organización no puede reducirse a sus reglas formales (Friedberg, 1988. Crozier y Friedberg, 1990). Estos autores piensan sobre todo en el ambiente interno de las organizaciones, pero la constatación se puede aplicar a la relación de la organización con su entorno: las reglas formales no pueden agotar su comportamiento (lo que también se puede deducir del enfoque sistémico de la organización<sup>4</sup>).

A esto se puede agregar que en las condiciones complejas de la economía y la sociedad contemporáneas, es imposible que una organización sobreviva sin innovar. Pero las burocracias maquinales típicas de los Estados modernos no están hechas para atender entornos cambiantes o complejos. De allí que los jerarcas continuamente estén obligados a adoptar decisiones que interpretan las reglas de forma, a veces, bastante flexible.

Ahora bien, en un contexto de competencia política aguda, y donde esos jerarcas son actores políticos relevantes, debe ser grande la tentación de etiquetar esas interpretaciones flexibles como ilegalidades, y llevarlas a la justicia. En nuestra revisión, hemos encontrado situaciones que parecen encuadrar bien en esto.

En el año 2003 se acusó y procesó a un ex Director de Aduana por el delito de abuso de funciones. El hecho consistía en que, para responder a reclamos de aumento salarial de los funcionarios, el director había traspasado fondos de un rubro contable que no correspondía. Existen indicios de que la denuncia se realizó en un contexto de enfrentamiento ente sectores del mismo partido (en este caso, el partido Colorado, todavía en el gobierno), y de hecho fue presentada por el Director de Aduana en funciones (Brecha, 4/7/2003; La República, 23/5/2003). Tras varios años, la SCJ

---

<sup>4</sup> Por ejemplo, desde otra perspectiva teórica, las organizaciones son definidas como decisiones enlazadas, que actúan recursivamente unas sobre otras llevando a incrementar su complejidad y por tanto su incertidumbre interna (Arnold-Cathalifaud, 2008). La complejidad incrementada, puede deducirse, escapa a cualquier programación y obliga al sistema jurídico, a su vez, a decidir, en este caso sobre la legalidad de las decisiones, legalidad que por lo tanto no pre existe a la misma decisión.



absolvió al director en casación, con un fallo dividido<sup>5</sup>.

Así, un primer tipo de casos de irregularidades está constituido por aquellos que son inherentes al propio funcionamiento del Estado.

Un segundo tipo está dado por las irregularidades que sí tienen un componente doloso, pero no en busca de un beneficio económico, sino de apoyo político. Concretamente, estamos hablando de los fenómenos de clientelismo y rentismo. Estos fueron habituales en el Uruguay del siglo XX (Filgueira y Filgueira, 1994, Zurbriggen, 2006) y hoy en día pueden estar mitigados, pero no totalmente (Carneiro, 2009). Particularmente, la descentralización puede haber generado espacios donde se den con mayor frecuencia.

Un aspecto particularmente interesante es la promoción de ocupaciones de tierras por parte de grupos más o menos organizados, con el apoyo o aval de sectores políticos, que facilitaban el acceso a terrenos fiscales o privados a cambio, probablemente, de apoyo político (Álvarez, 2012). Es interesante destacar que en un contexto donde el manejo de recursos públicos se ha racionalizado y centralizado (PNUD, 2008), el otorgamiento informal de tierras es uno de los pocos medios disponibles para mantener relaciones clientelares. No es muy frecuente que estos hechos lleven a la judicialización, pero se han dado, y posiblemente como parte de un intento del Estado de restringir estas prácticas. Por ejemplo, en 1997 se hace una denuncia judicial contra ocupantes de un terreno privado, señalando a dirigentes de izquierda como promotores (Búsqueda, 23/10/97).

Un tercer tipo, vinculado al anterior pero más específico, está en las irregularidades cometidas para financiar organizaciones partidarias. El problema de la financiación de los partidos y campañas políticas ha sido muy discutido (Casas, 2003; Caetano, Chasqueti y Piñeiro, 2002), y parece haber evidencia de que está en el origen de varios casos de procesos judiciales de funcionarios políticos de alto nivel (Trujillo, 2013).

Aparentemente, los Bancos estatales en Uruguay fueron usados durante mucho tiempo para recaudar fondos para el financiamiento de los partidos en el gobierno, especialmente el Banco Hipotecario del Uruguay. Según Casas, durante los gobiernos colorados el BHU fue

---

<sup>5</sup> Sentencia del recurso de Casación 248/2006. Uno de los argumentos de la defensa es que una aplicación estricta de la figura penal utilizada (el delito de abuso de funciones) llevaría a penar cualquier acto irregular, sin importar el daño o la motivación.

usado para premiar a empresas constructoras, grandes aportantes en las campañas electorales (Casas, 2003:145) y varias denuncias judiciales tienen como objeto irregularidades encontradas allí, (aunque los procesamientos judiciales concretados refieren más bien a situaciones de nepotismo, como otorgar viviendas a familiares). Recientemente se difundieron declaraciones de un ex director del Banco República, donde se reconocía haber usado, a comienzos de siglo, tarjetas de crédito de la institución para pagar cuentas del partido político al que se pertenecía<sup>6</sup>.

Y finalmente, un cuarto tipo es lo que podría llamarse corrupción propiamente dicha: el uso de la función pública para obtener beneficios personales.

En este tipo, los ejemplos son abundantes. Esto puede ser por dos razones: porque se trata de casos donde ha habido desfalcos de dinero o perjuicios muy importantes, y porque muchas veces se trata de casos donde no solo hay delitos, sino traiciones a la lealtad partidaria. Por esa razón es significativo el caso de las irregularidades cometidas en la venta del Banco Pan de Azúcar (en 1995), donde la investigación parlamentaria es promovida por un diputado del propio partido implicado<sup>7</sup>. Pero revelaciones similares se dan en otros muchos casos, que involucran a diferentes gobiernos y partidos a lo largo del período.

La importancia de establecer claramente estas distinciones es que permite proponer la hipótesis de la existencia de continuidades entre los tipos. Es decir, la proliferación de acciones no estrictamente ajustadas a reglas, propias del funcionamiento cotidiano de una administración compleja, abrirían el espacio para crear mecanismos y argumentos legitimadores de desvíos que no necesariamente se justifican por las necesidades públicas, y especialmente ofrecen cobertura para las acciones destinadas a financiar las campañas políticas. Aunque estas no sean justificables abiertamente, deben ser respaldadas por el conjunto de la organización, lo que finalmente genera un entramado de complicidades que puede facilitar las oportunidades para la comisión de actos de corrupción en beneficio personal.

Estas hipótesis están lejos de ser probadas, pero ofrecen un modelo sencillo para abordar el tema. Esto lleva a preguntarse qué políticas pueden instrumentarse para esto. Algunos son obvias: regular las campañas políticas y el financiamiento de los partidos. En Uruguay existió y casi logró aprobación una ley que establecía controles más estrictos para el financiamiento, y con independencia de la evaluación

---

<sup>6</sup> Nota en Radio Sarandí, 22/3/2018: <http://www.sarandi690.com.uy/2018/03/22/pablo-garcia-pintos-tarjeta-corporativa-para-financiar-al-partido/>

<sup>7</sup> Búsqueda, 6/4/1995.

que se haga sobre este instrumento, seguramente se hubiera tratado de un paso en la dirección correcta. Sin embargo, se pecaría de un optimismo excesivo si se considerara que las irregularidades de funcionarios de alto nivel podrían eliminarse con esta o con otras medidas. Estos problemas han coexistido con el Estado y continuarán existiendo. Por lo tanto, las políticas deben incluir la instrumentación de mecanismos de control. Y aquí es donde entra la justicia. En efecto, si bien se pueden instituir distintos organismos de contralor, como los que ya existen, en última instancia se requiere de alguien que pueda definir que una irregularidad es delito, que pueda decidir que debe ser castigada, y que pueda disponer las sanciones correspondientes.

Por tanto, algo como un tribunal penal va a existir siempre. Y siempre que ese tribunal exista, alguien va a estar lo suficientemente motivado como para recurrir a él cuando entienda que un rival político ha incurrido en ilegalidades (y muchas veces, incluso sin entenderlo así). Como se ha dicho, esto abre las puertas para la persecución ilegítima de políticos a través de la justicia.

¿Qué puede hacerse con esto? Una posibilidad es limitar la acción de la justicia definiendo estrictamente qué es legal y qué no. Una tendencia de este tipo es la que ha llevado al intento de eliminar, o al menos definir mejor, el delito de abuso innominado de funciones, que en Uruguay ha sido un instrumento privilegiado de control de la función política<sup>8</sup>. Aunque en este caso puede justificarse, nos parece que en general esta estrategia conduce a un callejón sin salida. Por un lado, una restricción de la vaguedad de las disposiciones legales, buscando disminuir la libertad interpretativa de los jueces, podría llevar a despenalizar la función pública, con lo que auténticos delitos podrían quedar impunes (de hecho, ese temor es posiblemente lo que ha impedido derogar el artículo sobre el abuso de funciones). Por otro lado, la multiplicación de restricciones, mediante disposiciones más y más definidas, podría tener el efecto contrario al generar contradicciones que obliguen a los jueces a interpretarlas.

En base a todos estos elementos, puede argumentarse que la única respuesta sensata a los problemas inherentes a la persecución judicial es apostar al Estado de derecho, y en especial, a que los jueces que deban juzgar sobre estos temas sean *independientes*. De aquí que el problema de la judicialización de la política desemboque en el problema de la independencia de los jueces.

---

<sup>8</sup> La disposición legal del delito de abuso de funciones “en casos no previstos especialmente por la ley” (art. 162 del Código Penal) establece que “el funcionario público que con abuso de su cargo, cometiere u ordenare cualquier acto arbitrario en perjuicio de la Administración o de los particulares, que no se hallare especialmente previsto en las disposiciones del Código o de las leyes especiales, será castigado con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría, inhabilitación especial de dos a cuatro años y multa de 10 UR (diez unidades reajustables) a 3.000 UR (tres mil unidades reajustables).

### Hacia una política pública: ¿por qué la independencia judicial?<sup>9</sup>

En la literatura se suele distinguir la independencia de la organización judicial en su conjunto de la independencia de los jueces al proceder y dictar sentencia. Esto suele denominarse aspectos “externos” e “internos” de la independencia, o más sencillamente independencia externa e interna. En este trabajo, nos preocupa principalmente la independencia interna.

La noción de independencia es crucial para entender la función de los jueces, y posiblemente cualquier magistrado considerará su mantenimiento como un objetivo prioritario de su actuación. Sin embargo, existe cierto debate sobre qué implica o qué requiere esto. ¿Qué es exactamente eso que se llama independencia? Al menos en el debate público el concepto de independencia se suele mezclar con el de discrecionalidad, autonomía, imparcialidad y libertad del juez.

A pesar de todo, en la literatura existe cierto consenso sobre qué *no* entender como independencia: independencia no es discrecionalidad, ni mera ausencia de restricciones, ni imparcialidad. En su lugar, la posición que parece más productiva entiende a la independencia como una obligación: la obligación de actuar de acuerdo con el derecho. Por tanto, no se trataría de un derecho ni de una facultad, sino de una restricción: la que se desprende de estar obligado por el derecho. Los jueces independientes, entonces, son jueces que actúan obligados por el derecho. Esto es, deciden en función del derecho a pesar incluso de sus convicciones morales o políticas (Kapiszewski y Taylor, 2008).

Al pensarse así, la independencia de los jueces no solamente es diferente de la autonomía, sino que incluso son conceptos contradictorios. Un juez independiente es un juez *no autónomo*, y por lo tanto es un juez que (idealmente) no actúa por convicción, porque es independiente hasta de sus propios credos. Por otra parte, independencia es diferente a imparcialidad, si por tal se entiende equidistancia (Aguiló, 1997).

Sin embargo, esta definición presenta algunas limitaciones, especialmente para quienes intentan tomar el tema desde la sociología jurídica. En primer lugar, elimina de la noción de independencia todas las restricciones que puede encontrar un juez en el momento de desempeñar su tarea –al referir a la obligación, la definición de independencia como estar obligado por el derecho subjetiviza lo que originalmente se planteaba como problema objetivo. En segundo lugar, deja dudas qué significa exactamente “estar obligado por el derecho”.

Esta discusión sugiere que en general se puede pensar la independencia, no como un concepto unívoco, sino más bien como la combinación de dos dimensiones: la *obligación de actuar según el derecho*, y la *ausencia de restricciones* para actuar según el derecho. O, como se dice también, ausencia de poder ilegal sobre el juez, y

---

<sup>9</sup> En este apartado retomamos una discusión iniciada en Biurrum, Sarlo y Trujillo (2006).

obligación de actuar según el derecho. A continuación, trataremos de avanzar en esas definiciones.

En primer lugar, existe una serie bastante larga de intentos de operacionalizar las condiciones en que se puede afirmar la no existencia de restricciones o, lo que es lo mismo, la existencia de garantías para el juez individual. El trabajo de Guarnieri y Pederzoli (1999) da una buena orientación sobre el tipo de fenómenos que deben ser atendidos al investigar la independencia de los jueces. Es decir, proponen una serie de factores esenciales en la constitución de las garantías del trabajo del juez, o a la inversa, en su debilitamiento. Concretamente, los autores distinguen los siguientes: las formas de reclutamiento, las formas de socialización dentro del cuerpo judicial, los criterios de ordenación jerárquicas, de formas de ascenso, y de mecanismos de traslado; el grado de especialización de las materias y competencia del juez (a mayor especialización, mayor poder relativo del juez), la autopercepción del rol de juez, los mecanismos procesales, y las formas de relación entre niveles jerárquicos (mecanismos de control jerárquico). Es ocioso desarrollar estas dimensiones aquí, ya que la mayoría son bastante obvias (formas de reclutamiento informales, en base a criterios políticos, o mecanismos de remoción poco claros, limitan la independencia de los jueces), pero conviene destacar dos que hacen a nuestros argumentos posteriores: la forma de socialización, y la autopercepción. Estos elementos son importantes porque se relacionan con el peso que tiene, entre los jueces, el *prestigio* ante los pares.

Fuera de estos elementos, los demás son sencillos de definir, y por lo tanto no existe demasiado problema para señalar cuáles son los indicadores básicos en términos de ausencia de restricciones. Sí corresponde señalar que la simple observación de la existencia de garantías formales no sirve para establecer la existencia de independencia de hecho (Hayo y Voigt, 2005). Un documento de la CIJ advertía en 2007:

Lamentablemente, muchos jueces en el mundo sufren presiones sutiles y no tan sutiles, que van desde presiones, traslados, procedimientos disciplinarios por cumplir con sus deberes profesionales y destituciones ilegítimas hasta amenazas de muerte, agresiones físicas y asesinatos (CIJ, 2007).

En cambio, es mucho más complejo establecer qué significa, en términos concretos, actuar conforme a derecho o estar solamente obligado por el derecho. Como señala Shedler:

“la exigencia aparentemente simple de que los nuevos estados democráticos establezcan ‘el imperio de la ley, no de los hombres’, tiende a subestimar el hecho de que en disputas concretas las exigencias de la ley frecuentemente son oscuras, complejas o controvertidas” (Shedler, 2005).

Si por derecho se entiende el cuerpo de textos legales – el derecho positivo-, resulta complicado entender cómo puede un simple texto obligar a alguien a hacer algo. Evidentemente, la expresión es un eufemismo: quienes obligan son otros seres humanos. Entonces, preguntarse qué es estar obligado por el derecho significa preguntarse quiénes y de qué manera obligan al juez a actuar conforme a algo que se llama “derecho”.

Desde la teoría realista, derecho es aquello que los jueces dicen que es derecho. Cuando se trata de jueces, la obligación de actuar conforme a derecho significa obligación de actuar conforme a lo que otros jueces, u otros operadores jurídicos, digan. Entonces, el problema de la independencia deriva hacia los mecanismos que permiten unificar el pensamiento sobre qué interpretación de las disposiciones legales es adecuada o no en cada caso. En nuestra opinión, entonces, la obligación de actuar según el derecho se conceptualiza como la existencia de *consensos interpretativos* fuertes al interior, por lo menos, del Poder Judicial.

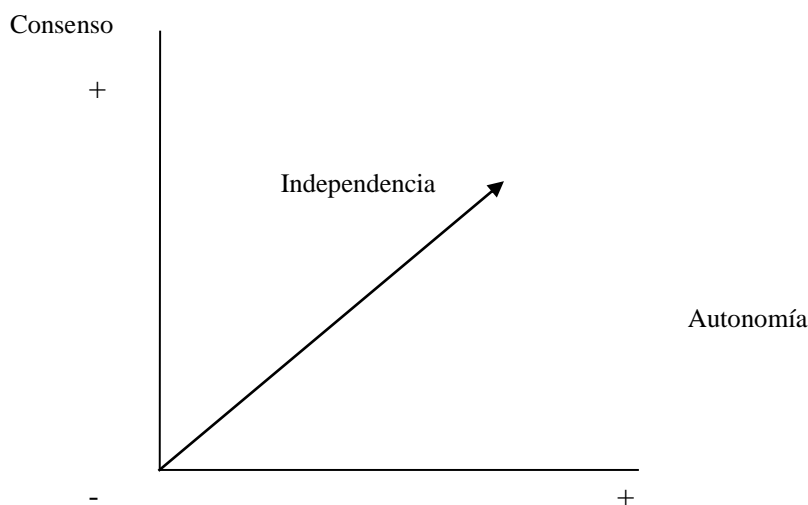
En este punto, son de ayuda los conceptos de Pierre Bourdieu sobre la conformación del campo jurídico (Bourdieu, 2000). La participación en el campo jurídico implica la participación en la competencia por la capacidad de “decir el derecho”. Esta capacidad no radica totalmente, ni siquiera principalmente, en el estatuto formal de quien enuncia qué es el derecho. Más bien, cada participante debe poseer un “sentido de juego” que le permita por una parte comportarse según las reglas –sobre todo no explícitas- y al mismo tiempo conocer cuándo, cómo, y en qué circunstancias puede correr el riesgo de innovar. Para nosotros, uno de los elementos que más prestigio genera dentro del campo jurídico, y especialmente dentro de los jueces, es la capacidad de innovar con éxito.

A modo de evidencia parcial, véase este comentario:

Así, durante muchos años, un célebre magistrado defendió el derecho de la concubina a reclamar parte de los bienes de su concubino, (...). Sus sentencias fueron sistemáticamente revocadas por los Tribunales de Apelaciones de su época (alrededor de 1940), ya que el concubinato era reputado (también por la doctrina) como un hecho inmoral o contrario a las buenas costumbres, por cuya virtud no podía engendrar derecho alguno a favor de la barragana, menos aún derecho de orden patrimonial. Sin embargo, el magistrado mantuvo invariable su opinión y es recordado como uno de los grandes jueces que ha tenido el país. Su vocación y personalidad; su dignidad y la seguridad de su pensamiento, le permitieron seguir manteniendo una posición que, al día de hoy, es aceptada prácticamente e forma unánime por doctrina y jurisprudencia (Bermúdez, 1996:797).

Si se acepta este razonamiento, la independencia de los jueces se puede definir como la combinación de esas dos dimensiones. En primer lugar, la existencia de garantías efectivas contra presiones sobre el juez (o de otra forma: la inexistencia de presiones y restricciones). Para simplificar, hablaremos de autonomía para designar esto. En segundo lugar, la existencia de consensos interpretativos fuertes. En la gráfica siguiente se representa un modelo de independencia formado por estas dimensiones.

**Figura 1**



*Fuente: Elaboración propia.*

Con relación a la autonomía, parece claro de que se trata de que las relaciones de poder dentro del Poder Judicial estén formalizadas en términos de derecho. Un aspecto relevante es la inamovilidad, así como la transparencia en mecanismos que pueden constituir sanciones ocultas, como los traslados. No parece necesario desarrollar demasiado esto.

En cambio, puede ser más discutible qué es un mecanismo de unificación de criterios. En una primera mirada, existen varios mecanismos de unificación de los criterios, y por tanto de formación de consensos interpretativos: los sistemas de formación, los sistemas formales de unificación de jurisprudencia –los sistemas de apelación y casación–, los mecanismos no formales que permiten a las jerarquías sancionar o premiar a magistrados de menor nivel por posturas respecto a diversos temas, especialmente temas polémicos, y los consensos informales entre pares.

Ahora bien, el razonamiento que se está proponiendo es que estos problemas se pueden ver bajo una nueva luz si los pensamos como problemas organizacionales. Es decir, se trata de un problema que toda organización debe resolver: cómo lograr que sus miembros hagan lo que la organización necesita que hagan, y no cualquier otra cosa. Las diferentes formas de resolver esa cuestión son estudiadas por la sociología de las organizaciones.

El Poder Judicial funciona como una burocracia profesional (Mintzberg, 1989) muy fragmentada. Al contrario de otras organizaciones similares, caracterizadas por el alto poder de los operadores de base (los jueces en este caso), aquí parece que ese poder está limitado por una serie de mecanismos, formales e



informales, que obligan a los operadores a establecer estrategias de negociación y acuerdos continuos con otros actores. El caso de las “reglas de juego”, que en 1988 algunos jueces penales decían establecer con la policía, puede considerarse un caso particular de adaptación a un entorno complejo, cuando no se tienen demasiadas herramientas para hacerlo (Amarillo y Urioste, 1990). Por otra parte, este funcionamiento organizacional parece congruente con una cultura interna que privilegia el evitar conflictos, tal como en el mismo trabajo se atribuye a la Suprema Corte de Justicia. La evitación de conflictos tal vez esté en la base del no uso de mecanismos formales existentes a la hora de sancionar (los jueces entrevistados por los autores citados hablan de “protección del honor”). En contrapartida, la cultura jurídica interna del Poder Judicial parece tender a la conservación, haciéndosele difícil adoptar innovaciones. Sobre este punto, sin embargo, parecen existir excepciones importantes.

A la vez, estos elementos parecen sintomáticos de los que Guarnieri y Pederzoli (1999) llaman una contradicción inevitable, en los regímenes democráticos, entre Poder Judicial y democracia. En términos más concretos: entre la independencia del juez y el control político de los efectos de la misma. Esto explicaría la peculiar configuración de los Poderes Judiciales en la tradición continental, donde al principio de independencia (o “autonomía de los operadores”, en términos de Mintzberg) se opone un principio de mínima coordinación de las acciones de los operadores. Típicamente, las burocracias profesionales aseguran esa coordinación mediante la estandarización de la formación profesional (Mintzberg, 1989). Sin embargo, en el caso de los Poderes Judiciales de este tipo, existen también mecanismos de revisión y unificación de jurisprudencia, así como mecanismos de control no necesariamente explícitos. La interpretación que puede hacerse es que cuando estos mecanismos funcionan activamente se conforma un espíritu de cuerpo, un sentido común compartido, que establece los límites de lo que se puede decir con ajuste al derecho, y al mismo tiempo forma el sentido práctico que permite romper con éxito las interpretaciones tradicionales de las disposiciones legales. Esto es característico del campo jurídico cuando está plenamente constituido (Bourdieu, 2000).

Un Poder Judicial con un fuerte sentido corporativo puede ser percibido como una maldición cuando adopta posturas contramayoritarias extremadamente rígidas, pero la transparencia en los mecanismos de nombramiento y ascenso (la ausencia de restricciones) debería promover la renovación ideológica de los jueces, y por tanto garantizar la flexibilidad suficiente como para reconocer las demandas sociales que adquieren legitimidad. Así, lo ideal es un cuerpo que se mantiene en equilibrio entre la clausura total y la total apertura. Un cuerpo judicial así es un árbitro adecuado de conflictos sociales, y termina siendo un medio de pacificación. El ejemplo clásico mencionado respecto al concubinato es un caso de este equilibrio, donde el esfuerzo por hacer coherente la innovación con el conjunto del

sistema legal garantiza que la innovación no rompa la clausura.

## **Conclusión**

A partir de lo expuesto, se pueden fundamentar tres conclusiones. En primer lugar, debería quedar claro que los problemas de judicialización de la política, por lo menos en lo que refiere a la persecución judicial de funcionarios de alto nivel, especialmente los políticos, no es un problema que se resuelva limitando las potestades de los jueces mediante definiciones estrictas de su intervención, como ya se ha dicho. Los delitos cometidos en el marco de la función pública, especialmente en estados con sistemas de control débiles, pueden ser muy difíciles de investigar. De hecho, de no haber existido en el derecho uruguayo la figura del delito de abuso de funciones, algunos casos que aparentemente constituían actos graves de corrupción podrían haber quedado sin sanción. Por supuesto, parece obvio que al menos en algunos casos esa figura penal se ha usado arbitrariamente, pero una política dedicada a resolver el tema no debería pasar por la limitación de las figuras penales a aplicar, aunque seguramente ayudaría el diseño de un código penal sistematizado y moderno.

En segundo lugar, una política pública que prevenga la ocurrencia y mitigue las consecuencias de actos delictivos de funcionarios políticos, debería pasar por confiar en los jueces, o mejor dicho, en el sistema judicial. No se trata, obviamente, de confianza personal, sino de confianza en la funcionalidad, que a su vez debe descansar en el fortalecimiento de la independencia, en el sentido que hemos manejado. Una reforma del sistema de nombramiento y carrera, con concursos de méritos que premien la capacidad y la preparación, es solo un elemento dentro de lo que ya podría ser una reforma general del sistema, pero es un primer paso muy importante, ya que consolida la dimensión de autonomía -de ausencia de restricciones ilegítimas- para los jueces.

La tercera conclusión es que aun la formalización del sistema puede ser insuficiente si no operan fuertes mecanismos de formación de consenso. En caso contrario, podría sobrevenir una politización del sistema judicial. Ahora bien, la construcción de consensos interpretativos es una tarea más compleja que garantizar la ausencia de restricciones para los jueces, ya que está estrechamente vinculada a la construcción del prestigio de la profesión y a la coherencia de las instancias de socialización secundaria de la profesión: escuelas de derecho, colegios, asociaciones, cátedras, así como instancias menos formales como foros, simposios, y hasta redes débiles de confianza recíproca. El punto clave es que cada juez se sienta más obligado por la opinión de los pares que por la de cualquier otro grupo. Describir al por menor medidas de política para esta última dimensión escapa al espacio de este artículo, pero al menos cabe señalar que es justamente esta dimensión la que aparece más debilitada, por la posible pérdida de prestigio de la

profesión de juez -especialmente frente a otras profesiones jurídicas-, por pérdida de la hegemonía de las cátedras en la generación de doctrina, y por la división creciente del trabajo jurídico. Ahondar en estos temas será objeto de otros trabajos, pero al menos debe dejarse constancia de la preocupación.

Sobre todo considerando que desde el 2017, la investigación penal va a quedar a cargo de los fiscales, que en principio pueden ser mucho más proclives -casi que por definición de rol- a la persecución de este tipo de casos.

## Referencias bibliográficas

- Amarillo, M. D. H., y Urioste, F. (1990). *Uruguay. Independencia del Poder Judicial y de los jueces*. Montevideo: CIJA- CIJ.
- Aguiló, J. (1997): Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica. *Isonomía* n°6- abril 1997 pp 71-80. Recuperado de: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmchq491>.
- Alvarez, M. J.(2007): Asentamientos irregulares montevidianos: la desafiliación resistida. *Cadernos Metrópole*, núm. 18, julio-diciembre, 2007, pp. 207-249. Pontificia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, Brasil. Recuperado de: <http://revistas.pucsp.br/metropole/article/viewFile/8736/6483>
- Alvarez, L (2015): Judicialización de la política y soberanía popular: Sobre el estatuto político de las resoluciones judiciales, *Revista Crítica de Ciências Sociais* [Online], n° 108, pp 95-110. Recuperado de: <https://journals.openedition.org/rccs/6122>
- Arnold-Cathalifaud, M. (2008). Las Organizaciones desde la Teoría de los Sistemas Sociopoiéticos. *Cinta de Moebio* 32: 90-108. Recuperado de [www.moebio.uchile.cl/32/arnold.htm](http://www.moebio.uchile.cl/32/arnold.htm)
- Becker, H. (1971): *Los extraños. Sociología de la desviación*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Blichner, L y Molander, A (2008): Mapping Juridification. *European Law Journal*. Vol 14, n°1, January 2008, pp 36-54. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1468-0386.2007.00405.x>
- Bermúdez, V.H (1996): "La posición del juez en Uruguay". En: ILANUD, *La justicia como garante de los derechos humanos. La independencia del juez: Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Uruguay, España San José* : ILANUD. Programa Sistema Penal y Derechos Humanos, 1996 p. 735-823
- Bourdieu, Pierre (2000): Elementos para una sociología del campo jurídico. En Bourdieu y Teubner: *La fuerza del Derecho*. Bogotá: Uniandes/ Siglo del hombre Editores.
- Caetano, G., Chasquetti, D., Piñeiro, R. (2002): La relación entre dinero y política en

- Uruguay. Apuntes sobre la regulación de la financiación de los partidos políticos. En Caetano, G., Chasqueti, D., Ferreiro, D., Fleishcer, D., Londoño, J., Piñeiro, R. y Speck, B.: *Dinero y Política: el financiamiento de los partidos en la democracia*. Montevideo: Ediciones de la Banda Oriental.
- Carneiro, F. (2009). Patronazgo y estrategias de movilización partidaria: evidencia desde los gobiernos subnacionales de Uruguay. *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, 18(1), pp 139-161.
- Casas, K. (2003): "Subsidios electorales y financiamiento de campañas en el Uruguay". *Cuadernos de CLAEH* n° 86-87. Montevideo, segunda serie, año 28. 2003/1-2, pp 117-154.
- Centro Internacional de Juristas (2005): *Principio internacionales sobre la independencia y responsabilidad de jueces, fiscales y abogados*. Guía para profesionales. Ginebra.
- Couso, J. (2004). Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política. *Revista de ciencia política* (Santiago), 24(2), 29-48. DOI: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-090X2004000200002>
- Crozier, M., y Friedberg, E. (1990). *El actor y el sistema: las restricciones de la acción colectiva*. Madrid: Alianza.
- Ferejohn, John, Judicialización de la política, politización de la ley. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales* [en línea] 2002, XLV (enero-abril. DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/fcpys.2448492xe.2002.184.48330>
- Filgueira, C., y Filgueira, F. (1994). *El largo adiós al país modelo. Políticas sociales y pobreza en Uruguay*. Montevideo: Ed. Arca.
- Friedberg, Erhard. *Análisis sociológico de las organizaciones*. Montevideo: Claeh. Ficha de capacitación n° 66, 1988.
- Guarnieri, C., Pederzoli, P. (1999): *Los jueces y la política: Poder Judicial y democracia*. Madrid: Taurus.
- Hayo, B. y Voigt, S., (2007), Explaining de facto judicial independence, *International Review of Law and Economics*, 27, issue 3, p. 269-290, Recuperado de <https://EconPapers.repec.org/RePEc:eee:irlaec:v:27:y:2007:i:3:p:269-290>.
- Hirschl, R. (2008): The judicialization of politics. In: Whittington, Kelemen e Caldeira (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, 2008, p. 124-5. DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199208425.003.0008
- Kapiszewski, D., & Taylor, M. (2008). Doing Courts Justice? Studying Judicial Politics in Latin America. *Perspectives on Politics*, 6(4), 741-767. DOI:10.1017/S1537592708081899
- Mintzberg, Henry (1989). *Mintzberg y la dirección*. Barcelona: Editorial Díaz de Santos.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2008): *Desarrollo Humano en Uruguay: Política, políticas y desarrollo humano*. Montevideo, Uruguay.
- Sarlo, O. (coor), Biurrum, R. Trujillo, H.(2009): *Independencia judicial desde la*

*perspectiva interna y de los usuarios*. Informe final de proyecto de investigación. CSIC, Montevideo.

- Schedler, A. (2005). Argumentos y observaciones: de críticas internas y externas a la imparcialidad judicial. *Isonomía*, (22), 65-95. Recuperado en 19 de marzo de 2019, de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-02182005000100004&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182005000100004&lng=es&tlng=es).
- Smulovitz, C. (2010): Judicialization in Argentina: Legal culture or opportunities and support structures En: Couso, Huneeus y Sieder, *Cultures of Legality Judicialization and political Activism in Latin America*, pp. 234-253.
- Trujillo, H. (2013): *Conflictos políticos y Poder Judicial (1985-2006): La judicialización de la política en Uruguay*. Montevideo: CSIC.
- Zurbriggen, C. (2006): *Estado, empresarios y redes rentistas*. Montevideo: Ediciones de la Banda Oriental.