

LA INDEPENDENCIA JUDICIAL Y LAS DEMOCRACIAS

The judicial autonomy and the democracies

Alberto Ruano Miranda

Alberto Ruano Miranda

(Buenos Aires, 1955)

Es sociólogo y Magíster en “*Análisis de problemas políticos, económicos e internacionales contemporáneos*” (2008) de la Universidad Externado de Colombia en asociación con la Academia Diplomática San Carlos del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Profesor de Historia económica general y de Economía colombiana en la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano y de Humanidades en la Universidad Distrital Francisco José de Caldas de Colombia.

Colaborador de *Le Monde Diplomatique*, revista de la Universidad de Antioquia, *Magazín dominical de El Espectador*, *El Universal* (Venezuela), de varias publicaciones académicas y culturales. Co-autor del libro *Juego limpio*, Bogotá: Nuevo Milenio, 1998.

E-mail:

alberto_ruano@yahoo.com.ar

Resumen

Durante los años 90, en Latinoamérica, se llevaron a cabo procesos de reforma judicial tendientes a dotar de independencia y autonomía al poder judicial frente a los poderes representativos del Estado, al tiempo que se consolidan regímenes de democracia mayoritaria.

El diseño constitucional implementado - basado en el sistema de frenos y contrapesos – correspondía a un modelo exógeno de división de poderes que no necesariamente respondía a las condiciones endógenas de los países de la región.

En el presente artículo se realiza un análisis de los modelos de separación de poderes de origen europeo y americano y del lugar, subordinado o independiente, que otorgan al poder judicial frente a la aplicación concreta en el caso particular de América Latina produciendo lo que se ha dado en llamar la *judicialización* de la política.

Palabras clave: democracia, independencia judicial, división de poderes, reforma judicial, soberanía nacional.

Abstract:

During the 90's, with democratization in Latin America, processes of judicial reform took place with the intention to secure the independence and autonomy of the judicial power facing others representative powers of the State.

The implemented constitutional design- based on a system of counterbalances- corresponded to an exogenous model of division of power that, not necessarily, responded to endogenous conditions of the Latin American nations, in particular.

The present article analyzes this confrontation between European and American models of division of power and the concrete application in the particular case of Latin American nations.

Keywords: *Democracy, judicial Independence, Division of powers, judicial reforms, sovereignty.*

Introducción

Desde comienzos de los años 80, se desarrolló un proceso de democratización en las sociedades latinoamericanas – al que Samuel Huntington definió como *la tercera ola* – que propició la caída de los regímenes autoritarios de la región. Sin respetar el orden cronológico, podemos señalar, como ejemplos de este proceso, a la finalización de las oprobiosas dictaduras argentina, brasileña, uruguaya; de los regímenes autoritarios de Bolivia, Perú, Ecuador y de los países centroamericanos – con o sin fachada democrática –; a la terminación de la supremacía absoluta de Pinochet en Chile, de Stroessner en el Paraguay. De esta forma, el escenario político regional se transformaría de manera acaso irreversible.

De las ruinas de la debacle dictatorial iban a emerger nuevos estilos de conducción gubernamental. La regularización de procesos electorales para la designación de gobernantes – y en ese sentido podemos hablar de una efectiva democratización –, estaría condicionada por el abrumador peso de la deuda externa, que venía acompañado, casi sin excepción, por políticas de ajuste económico estructural propiciado por el Fondo Monetario Internacional con el llamado programa de Apertura. De esta forma, mientras la ciudadanía recuperaba su capacidad de elección, el gobierno electo veía disminuida su capacidad de decisión política y económica condicionado por los lineamientos aperturistas.

A pesar de estas restricciones iniciales y ante los considerados insuficientes y magros resultados aperturistas, las entidades mundiales de cooperación, - el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo- impulsaron la implementación de una nueva reforma, de segunda generación, destinada a crear y consolidar las instituciones propias del “buen gobierno” – según la expresión de Madison – como un modo de complementar y fortalecer la apertura económica ya operada en los mercados nacionales. El objetivo fundamental fue el de lograr que en cada Estado se adoptase, de manera más rígida, el sistema de división de poderes, propio del constitucionalismo norteamericano – frenos y contrapesos - y que el poder judicial de cada nación

adquiriese un tal nivel de independencia y autonomía frente a los otros poderes del Estado –legislativo y ejecutivo – que pudiera dotar de más estabilidad y “adaptabilidad” a las políticas locales.

El presente ensayo se consagrará a indagar – desde la perspectiva de la teoría política en conjunción con la experiencia latinoamericana – las connotaciones teóricas de este modelo de división rígida de poderes y a explorar el previsible alcance de la independencia del poder judicial en las democracias de la región del cual los debates y análisis políticos y sociológicos no se han ocupado suficientemente.

Indudablemente la formidable obra de compilación de Mainwaring y Shugart (2002) sobre el presidencialismo podría constituirse en un modelo de análisis sobre los sistemas políticos latinoamericanos, así como también los postulados de Linz (1987) sobre el mismo tema; sin embargo, ambas fuentes se centraron en las relaciones entre un ejecutivo –fuerte y más o menos dominante– y un legislativo, al fin de cuentas sometido a los poderes reactivos y proactivos del Ejecutivo. Pero, en esa confrontación de los dos poderes estatales, casi no aparece el poder judicial... Mejor dicho, no aparece como un verdadero poder del Estado, sino que se da por sobreentendido – muy empíricamente – su papel ceniciento y casi ornamental en el sistema político tradicional de nuestras sociedades.

Algunos obstáculos de carácter formativo y cultural pueden estar afectando esta carencia de enfoques científicos y sociológicos sobre los temas relativos al Poder Judicial y sus atributos políticos. Por cierto, esta compartimentación de enfoques puede comprenderse porque “en el ámbito de la cultura política pocos especialistas se han caracterizado estudiando la función cumplida por el derecho en América Latina, en la configuración de la forma-Estado (...)”; desalentados, probablemente, porque los juristas, salvo algunas excepciones, se han mantenido “apegados meramente al estudio interno de los ordenamientos jurídicos.” (Bergalli, 1991: 156)

De este modo, este ensayo pretende despertar el interés teórico por una de las transformaciones políticas decisivas de las sociedades latinoamericanas, en la hora actual. Probablemente, al detenerse en el examen de los conceptos de democracia, de los diferentes sistemas de separación de poderes, de soberanía, de voluntad popular, de supremacía legislativa en los Estados, al fin, del alcance de la “independencia judicial”, tal como es entendida por las entidades reformistas en la actualidad, pueda realizarse un

aporte –esperemos que esclarecedor– sobre el complejo, contradictorio, y aún inconcluso proceso de democratización de las sociedades de América Latina.

Las democracias: su ambivalencia y crisis

La denominación de “democracia” para referirse a cualquier sistema político fundado en la competencia electoral es, probablemente, uno de los mayores equívocos que se generalizado desde la Segunda Guerra Mundial. Ese equívoco surge y se generaliza desde que se hace recaer el carácter democrático de un régimen representativo en los meros atributos del Estado – sus instituciones y funciones – sin asociar el concepto de democracia a una determinada situación de la sociedad.

De esa manera, se pierde toda distinción entre los contenidos sociales de las *Repúblicas* – generalmente regidas por elecciones e incluso regímenes alternativos – y las *democracias*, que conformarían un tipo particular de República, en donde las mayorías populares y la ciudadanía en general, gozarían de condiciones sociales, económicas, jurídicas, educativas y culturales de mayor homogeneidad y equidad. Una condición social, según Alexis de Tocqueville, donde el pueblo se nivelaría con las élites y aún las sobrepasaría en poder político, en contraste con su menor poder económico y prestigio tradicional (Tocqueville, 1963).

Las nociones antiguas de la democracia se basaban, genéricamente, en un determinado *estado de la sociedad*, para emplear la expresión de James Brice, conducente a una mayor movilidad y equidad social. Para Tocqueville el albur de la democracia, no necesariamente debía ser esplendoroso: “Las naciones de nuestros días, no podrían hacer que en su seno las condiciones no sean iguales; pero depende de ellas que la igualdad las conduzca a la servidumbre o a la libertad, a las luces o a la barbarie, a la prosperidad o a la miseria.” (Ibidem) pero en todo caso, consistía en una elevación de las mayorías nacionales hacia la conducción en las decisiones estatales.

Las concepciones contemporáneas de ese vocablo, aplicado no ya como atributo de la sociedad sino del Estado, de sus instituciones, métodos y recursos, dan lugar a una profunda ambivalencia del término democracia. Los poderes institucionales – fundamentales ciertamente para definir una república o Estado de Derecho – pasarán a

ser un componente esencial. Para Norberto Bobbio, por ejemplo, la democracia estará definida por un conjunto de las reglas procesales de las cuales la principal, pero no la única, es la regla de la mayoría (Bobbio, 1994: 19). El imperio de la ley, el reconocimiento formal de los derechos fundamentales, la independencia del judicial, entre otros atributos institucionales, serán requerimientos *sine qua non* de la democracia (Díaz García, 1966). Se inicia, de ese modo, una ambigüedad muy notoria en la definición de este término, según el enfoque sociopolítico o funcional-institucionalista que se adopte.

Desde la Ciencia Política, autores como Arend Lijphart señalan la ambivalencia del término: “Un gobierno democrático ideal sería aquel cuyas acciones estuvieran siempre en perfecto acuerdo con la voluntad de todos sus ciudadanos” (Lijphart, 1999: 19 – los subrayados son míos). Evidentemente, tal gobierno, en la escueta realidad, no podría gozar del don de la existencia. La noción de un continuo y perfecto acuerdo de todos los ciudadanos no pertenece a lo políticamente posible, quizás, ni siquiera deseable.

Además, la definición de democracia ideal de Lijphard lleva implícita otra consideración acerca de la voluntad general. Se sustituye en ellas el sentido de *general*, por *unánime*. Tal idealidad del concepto no impedirá realizar una tipología de las democracias existentes en el planeta y a diferenciar “dos modelos diametralmente opuestos de democracia: el mayoritario (o de Westminster) y el de consenso” (Lijphart, 1999). De donde se puede colegir que el ideal democrático estaría más relacionado con el consenso que con el modelo mayoritario; una consideración que embarga a la mayoría de los teóricos contemporáneos.

Fareed Zakaria distinguirá estas categorías diferentes de democracia, según sus atributos prevaecientes. El Estado democrático implicaría competencia, negociación con opiniones diversas y consenso, sin lo cual podría concluir en una “*dictadura de la mayoría*” (Zakaria, 1997: 22-43) en donde se excluiría a la minoría de las decisiones de gobierno. Este autor distingue entonces dos tipos de democracia: La *democracia iliberal*, en donde se establece una visión colectivista del pueblo y de la mayoría – la cual puede conducir a ordenamientos autocráticos basados paradójicamente en regímenes electorales – y la *democracia liberal*, en donde prima la noción liberal del individuo, cuya independencia debe cultivarse y apreciarse – y la cual requeriría el

fortalecimiento de instituciones que permitan esa preeminencia de la ley sobre la voluntad mayoritaria.

Varios autores manejan esta ambigüedad del término democracia, como es el caso de Robert Dahl (1993) y Guillermo O'Donnell, en tanto que *poliarquía*, definida por las condiciones del sistema político. En este caso, la democracia, como categoría de análisis, se asocia directamente con el concepto de República y es de hacer notar que las Repúblicas pudieran ser consideradas como no democráticas, sino más bien como liberales, aristocráticas, oligárquicas y de otros tipos. Vale decir, persiste en el concepto de poliarquía, el mismo reduccionismo institucionalista que centra en los componentes del Estado y no en los atributos de los sectores sociales, en las condiciones de vida, los alcances de la democracia en una nación determinada.

Esta dificultad para lograr un consenso general sobre el concepto de democracia se relaciona, tal como señala Requejo Coll, con la diferencia substancial entre la democracia de antigüedad ateniense y las democracias actuales. Las contemporáneas se encuentran “mucho más relacionadas con la organización liberal del Estado” y representan un tipo de organización “predemocrática” o, quizás, “antidemocrática” (Requejo Coll, 1994: 74).

El enfoque funcional e institucionalista concibe un proceso de *democratización*, aún si tal transformación no redunde en un mejoramiento y mayor equidad en las condiciones de vida de la ciudadanía en general. En la especie, la democratización de los sistemas políticos latinoamericanos, tal como se ha dado en los últimos 30 años ha desentrañado, en los hechos, una notable contradicción: mientras las instituciones y las funciones del Estado se han abierto a una mayor participación de la ciudadanía y, en ese sentido, se han *democratizado*; las condiciones laborales y de vida de sectores masivos de la población se han degradado, en muchos casos, a un nivel alarmante, como lo pudo corroborar tempranamente Francisco Weffort (1995) en su *América equivocada*.

Por ello, no nos debería sorprender que investigadores como Atilio Borón reconsideren estas nociones neoliberal e institucional de la democracia y la democratización para contrastarlas con la noción socio-política de la misma. En esa búsqueda, el autor se remonta a la antigüedad clásica, a Aristóteles. La distinción entre sistema oligárquico y sistema democrático - dentro de las formas republicanas de gobierno - aparece en la definición dada por el estagirita en su *Política* y explica, de

manera menos ambigua, la naturaleza de la democracia: “Las características que realmente distinguen Democracia y Oligarquía son la pobreza y la riqueza, y dondequiera que la riqueza constituya el título para gobernar, al margen de que los gobernantes sean una mayoría o una minoría, la polis es una Oligarquía, mientras que si los pobres son gobernantes, es una Democracia.” (citado por Borón, 2004: 90).

Desde la antigüedad, tanto Aristóteles como Platón – quienes no tenían en alta estima a la democracia - preconizarán formas de “gobierno mixto”, en donde se combinarían principios de la democracia, pero tutelados por las élites aristocráticas, bajo el temor de que una dominación popular directa representase una tiranía sobre los grupos minoritarios de la sociedad. Esta clase de gobierno mixto no era considerado propiamente una “democracia”, sino un sistema de república aristocrática, evitando con ello la ambigüedad que el término ha adquirido en nuestros días.

Desde los comienzos de los años 70 y con el declive del Estado de bienestar en los países desarrollados, se comenzará a hablar de la crisis de la democracia, en la medida que los Estados no pudieran asegurar y responder a las demandas de una sociedad cada vez más exigente, jurídicamente igualitaria. Ese enfoque fue el prevaleciente entre los intelectuales que conformaron la Comisión Trilateral - Samuel Huntington, Michell Crozier y Joji Wakanuti – en su estudio *Las Crisis de las Democracias: informe sobre la gobernabilidad de las democracias* (Crozier, Huntington y Watanuki, 1975) el cual tuvo el mérito de vincular las estructuras del Estado con las demandas sociales y económicas de la ciudadanía. El *exceso de democracia*, vale decir las aspiraciones ilimitadas de los ciudadanos hacia la igualdad socioeconómica, ocasiona una demanda imposible de satisfacer para las instituciones del Estado, con capacidades limitadas de respuesta a esas demandas.

De modo que la democracia cesa de ser un fin en sí mismo, para quedar reducida a un medio de limitar las demandas niveladoras de los ciudadanos menos favorecidos. En ese sentido se podría construir *La democracia sin el pueblo*, tal como tituló Maurice Duverger una de sus obras, y en donde analiza ese modelo político moderador, instaurado durante la posguerra. Según este autor, el modelo liberal en su plenitud aseguraría el no retorno al absolutismo, es cierto, pero también imposibilitaría – por las restricciones que opone a la expresión de la voluntad popular – la realización de una verdadera democracia (Duverger, 1973: 163)

La democracia, de ese modo, se limitaría al procedimiento institucional. Según Schumpeter: “La democracia es un método político, es decir, un cierto tipo de arreglo institucional para llegar a decisiones políticas (legislativas y administrativas) y, por lo tanto, incapaz de ser un fin en sí mismo, independientemente de cuáles sean las decisiones que ella producirá bajo ciertas condiciones históricas” (Schumpeter, 1942: 242). Vale decir un arreglo institucional, vacío de aspiraciones sociales igualitarias y el cual, incluso, puede dirigirse en contra de los intereses generales. Lo cual constituye, evidentemente, un contrasentido y contrapone la esencia de la democracia a las manifestaciones administrativas, de carácter instrumental, en el Estado de derecho. He aquí su ambigüedad y su crisis.

La democratización latinoamericana y el Estado de Derecho

A partir de mediados del siglo XIX, las democracias latinoamericanas adoptarían – sobre una matriz de influencia constitucional inglesa y francesa – muchos de los preceptos del sistema de frenos y contrapesos de los Estados Unidos. Ese giro dado por la mayoría de las Repúblicas de Sudamérica, se adoptó como un modelo positivista en búsqueda de la modernización y superación del atraso secular de las sociedades. Se consolidará, así mismo, el carácter no propiamente democrático implícito en un Poder Judicial, conformado – por su extracción y fuente de autoridad – al margen de los sufragios populares universales y legitimado casi exclusivamente, por la capacidad de interpretación constitucional.

De allí que tampoco en las repúblicas latinoamericanas, el Estado escape al riesgo de confrontar dos principios legitimadores cuya conciliación entraña no poca complejidad e inestabilidad: “(...) la síntesis entre liberalismo y democracia se ha caracterizado por su crónica inestabilidad: es una volátil y trabajosa mezcla de principios antagónicos de constitución del poder político que no logran soldarse en un discurso unitario y coherente” (Borón, 2004: 89) en donde las instituciones judiciales y el constitucionalismo – ya apegado al formalismo legal – ejercen un poder reactivo y, en muchos casos, de distorsión de la voluntad general.

Esta clase de democratización consistió, desde la implementación de las reformas aperturistas, en “una serie de transformaciones que recortaron antiguos derechos ciudadanos, redujeron dramáticamente las prestaciones sociales del estado y

consolidaron una sociedad mucho más injusta y desigual que la que existía al comienzo de la etapa reformista” (Ibidem: 19). Si se presenta una *democratización*, desde los años 80 en América Latina, ésta será institucional, en la medida que se propicia un cambio jurídico-normativo de las instancias estatales, pero que no logra canalizar las demandas sociales.

Tales aspectos contradictorios de la democratización llevan implícitos dos principios diferentes en la conformación del sistema político, el *liberal* y el *democrático* o *social* que coexisten en el Estado de derecho, en algunos regímenes relativamente estables, pero que pueden colisionar en situaciones de transición.

El Estado - al cual diferenciamos del Gobierno - es una empresa política fundada en algún tipo de dominación (Weber, 1987) y, como tal, ha adoptado diferentes tipos de organización interna para cumplir sus propósitos. Podemos hablar del Estado de Derecho como una forma genérica de muchas de las repúblicas existentes; pero ese Estado de Derecho – en la medida que adopta el sistema representativo como forma de gobierno con sufragio universal - permite sin duda el desarrollo del *principio democrático*. Al mismo tiempo, el aparato del Estado, consolida sus cuerpos de funcionarios colegiados no representativos (fuerzas armadas, cuerpo judicial y administrativo) logrando así restringir los alcances del principio decisional democrático –cuando se produce la mentada sobrecarga de demandas - y hace prevalecer el *principio liberal*, como elemento esencial del Estado. El Estado de derecho es entonces un híbrido, regulado no por uno sino por dos principios de legitimación de las autoridades.

La división de poderes como fundamento de la independencia y autonomía judiciales

Tal como se presentan, los propósitos de la reforma institucional en América Latina, en el contexto de la democratización de sus sociedades, se orientan a fortalecer los niveles de independencia y autonomía del poder judicial en los Estados con el fin de institucionalizar la división de poderes, con un mayor rigor que en el pasado.

Se estimula con ello la implementación de un diseño político sobre la base del sistema de frenos y contrapesos, propio del constitucionalismo estadounidense, que dará lugar a una singular transformación en las relaciones entre los poderes representativos del Estado – ejecutivo y legislativo – con la entronización de un judicial dotado de nuevas instituciones y recursos, pero que permanecerá – en lo que atañe a las altas

cortes – distante de los mecanismos de elección, legitimación y control popular, propio de las democracias en sentido estricto.

Por supuesto, en la cultura política se ha generalizado una consideración que estima la elemental separación de poderes como resguardo contra los abusos de los regímenes despóticos y los tradicionales absolutismos. Se trata de una consideración que no admite cuestionamientos fundamentales y en razón quizás del carácter básico de esa determinación, tampoco es usual en los estudios judiciales, establecer distinciones entre los diversos sistemas de separación de poderes.

Sin embargo, una revisión más en detalle de los modelos políticos de separación de poderes de origen europeo – en particular Locke, Montesquieu y Rousseau – y que tanta influencia ejercieron sobre la articulación de poderes estatales en los países latinoamericanos, pondrá en relieve algunas cruciales diferencias con el modelo de “buen gobierno”, según la célebre expresión de Madison, y que serviría de fundamento, al mismo tiempo, del sistema de división de poderes en los Estados Unidos y de los actuales procesos de reforma institucional.

Es en este último diseño donde se enfatizan, con especial vigor, la independencia y autonomía del Poder Judicial frente a los otros poderes del Estado. ¿Cómo afecta la capacidad de expresión democrática de la ciudadanía y, en general, la democratización de las sociedades? Por tratarse de un tema sustancial en este ensayo, el autor pretendió indagar, justamente, los puntos de ruptura entre las concepciones europeas y americana, en particular, acerca del lugar que conceden cada una de ellas, al poder judicial en las decisiones políticas del Estado y la influencia que los diversos diseños ejercen sobre tres componentes de la democracia. A saber:

- a) El principio de soberanía de los Estados nacionales
- b) El ejercicio pleno de la voluntad popular y el temor a la tiranía mayoritaria
- c) La supremacía de la representación legislativa por sobre las otras instancias estatales

a) *El principio de soberanía de los Estados nacionales*

La idea de democracia – desde el enfoque social y político - no se puede desvincular del principio de soberanía. Este principio es inherente al concepto de Estado-nación y a la capacidad de formular, de manera autónoma, las propias leyes – de acuerdo con sus

costumbres y cultura – sin lo cual se pondrían en peligro sus instituciones democráticas más elementales (Dahl, 1999: 60). El poder soberano es el único legítimamente coactivo, en el contexto de un Estado de Derecho (Bobbio y Bovero, 1985: 49) por lo cual la imposición de un modelo, supuestamente óptimo y universal, en materia del ordenamiento estatal es una idea que genera rechazo desde el punto de vista de la autodeterminación de las naciones y los valores de la democracia. Como nos señalaba Bertrand De Jouvenel “Es un error que lleva inevitablemente a la tiranía creer que existe, en un momento cualquiera, un orden social óptimo, de tal forma que la conducta de las autoridades públicas se encuentre indefectiblemente dictada por el deber de producir o de mantener dicho orden (...)” (De Jouvenel, 1957: 24)

Thomas Hobbes definió la soberanía, como poder de legislar, como el poder absoluto de prescribir “(...) las reglas por las que los hombres sepan cuáles son los bienes que puedan disfrutar y qué acciones pueden realizar sin ser molestados por ninguno de sus co-súbditos.” (Hobbes, 1963: 150). Y esa soberanía legislativa es “el alma del Estado”, sin la cual no sería posible hablar de un ente estatal. De allí que es por medio de la independencia de la que goce el poder legislativo en el Estado, la única manera de ponderar el grado de soberanía alcanzado en una Nación.

Al soberano pertenece el derecho de judicatura y la decisión de la controversia, es decir dictar sentencias. A quienes se les da jurisdicción son a los ministros públicos: “Toda judicatura va aneja de un modo especial a la soberanía; y por lo tanto, todos los jueces no son otra cosa que ministros de quien tiene el poder soberano” (ibidem). Esa unicidad del poder enunciado por Hobbes, representado por el concepto de soberanía, irá a ser recogido por otros autores, en algunos casos reputados de teorizar la división de poderes.

En la especie, John Locke establecido una representación como limitante del poder del monarca: el sistema Westminster. En esas condiciones, confluyen dos fuentes distintas en la conformación de la soberanía: la monarquía como poder ejecutivo del Estado, pero sujeta a la decisión de un Poder Legislativo, compuesto de dos cámaras, la Alta o de los Lores (Nobleza) y la Baja o de los Comunes, la cual representaría a aquel sector del pueblo propietario o burguesía. De este sistema de gobierno provienen las principales doctrinas de la separación de poderes que hoy se comprende – bajo el reduccionismo funcionalista - como división excluyente y simétrica de autoridades en el

Estado. Para Locke el poder soberano reside en el Legislativo, pues el poder político es el derecho de dictar leyes. La separación de poderes en este sistema compuesto, no implica una división de la soberanía del Estado, sino una composición de la decisión soberana, a partir de la supremacía político-legislativa.

Un cambio substancial en el concepto de soberanía se introducirá con la obra Jean-Jacques Rousseau. Si bien otras doctrinas habían hablado ya de “contrato” o “pacto”, para justificar el ordenamiento social, ninguna hasta entonces había establecido con suficiente energía que el principio de soberanía reside en el pueblo de modo permanente, como un acto de voluntad y no de apropiación.

Según Rousseau, la comunidad no abandona su poder soberano de decisión por el hecho de darse una forma cualquiera de gobierno, ni siquiera permaneciendo bajo su férula durante espacios seculares. La soberanía es una *potencia (puissance)* intransferible de donde se derivan y cristalizan las instituciones del Estado; por lo tanto una revolución o cambio de sistema gubernamental, no es sino una forma de restitución del poder o, si se prefiere, de *actualización*, en manos de su gestora, la masa societaria.

De ese modo, recogiendo una distinción que ya había establecido Montesquieu, en *El espíritu de las leyes* (1748) la soberanía no reside en los *poderes (pouvoirs)* del Estado, sino en la *potencia (puissance)* soberana del pueblo. Dicha noción de soberanía, en Rousseau, es soberanía popular y nacional, en el sentido de que toda forma de gobierno, no sólo la democracia (que él reserva a la democracia directa, ejercida en la antigüedad clásica) sino todos los sistemas de república y aún las monarquías, reposan sobre un acto voluntario del conjunto de la sociedad, que la misma sociedad – o su mayoría – podrían alterar o anular, ni bien la “voluntad general” del pueblo así lo decidiera.

Podríamos convenir, entonces, en un principio democrático, en la conformación del Estado y de los poderes públicos, que perdurará como fundamento de las decisiones. Los poderes dentro del Estado pueden distinguirse, especializarse, combinarse y complementarse, pero la soberanía como potencia social – según este principio - es indivisible y no se puede transferir. Si el pueblo acepta un poder autónomo, superior a sí mismo, lo es respondiendo a circunstancias de hecho, no de derecho. Según el modelo rousseauiano, el principio democrático - basado en la voluntad popular mayoritaria –

es quien activa la potencia soberana y, en esos casos, no reconoce los límites de una legalidad que no emane de sí misma y no se acuerde con la voluntad popular.

La no concordancia de las leyes establecidas en el Estado con la voluntad general implicaba la invalidación de la república y engendraba una forma de tiranía «legal», que Montesquieu ya había anunciado en *El Espíritu de las Leyes*: “Hay dos especies de tiranía: una real, que consiste en la violencia del gobierno; y otra de opinión que se muestra cuando aquellos que gobiernan establecen cosas que chocan la manera de pensar de una nación”(Montesquieu, 1958: 6) es decir, cuando las leyes que se establecen no dimanen de las voluntades públicas.

b) El ejercicio de la voluntad popular y el temor a la tiranía mayoritaria

De esta noción de soberanía, basada en la voluntad general mayoritaria, *lex majoris partis* (enunciada ya por Cicerón, en su “*Res publica*”) surgirán las más profundas desavenencias, que aún perviven; en especial cuando se confunden como formaciones similares las de “república” y de “democracia”. Montesquieu distinguía – siguiendo en ello a Aristóteles – entre repúblicas oligárquicas (o aristocráticas) y repúblicas democráticas. No todo régimen electivo o república, es necesariamente democrático. Sin embargo, toda democracia requiere de una forma determinada de gobierno republicano.

Los principios liberales en la organización del Estado – sobre todo después de la independencia de los Estados Unidos, en 1776 – irán a desarrollarse en el sentido de consolidar las instituciones que controlasen y regulasen esa otra forma de absolutismo, que podría representar el desarrollo sin límites de la ley mayoritaria. Sin embargo, algunos de los padres fundadores, como Jefferson, no concebían una distinción entre república y democracia, entre el principio liberal y el principio democrático, entendiendo que los derechos individuales – incluso minoritarios – se preservarían mejor mediante el dominio de una mayoría popular.

John Locke también insistió en este poder mayoritario. La razón para considerar esa voluntad mayoritaria como la única orientación a seguir por el Estado, es semejante a la que Hobbes había ya formulado algunos años antes: “(...) es necesario que lo lleve la fuerza mayor, es decir, el consenso de la mayoría.” El Estado no puede seguir a dos fuentes soberanas simultáneas sin caer en el inmovilismo o la autodestrucción.

Para Locke, esa voluntad pública o general, difícilmente puede ser unánime, pues en toda colectividad se presenta una gran “variedad de opiniones y contrariedad de intereses”, que sólo puede resolver la regla mayoritaria: “Si en un cuerpo político la mayoría no pudiese tomar decisiones obligatorias para todos los demás, dicho cuerpo no podría actuar como tal y se disolvería inmediatamente”. El principio mayoritario resulta ser una garantía de estabilidad – hoy diríamos gobernabilidad - para el conjunto del sistema y, en las repúblicas, la única fuente de legitimidad “Eso, y solamente eso, según Montesquieu, es lo que pudo dar origen a los gobiernos legales del mundo” (Montesquieu, 1958: 114-116).

Para Jean-Jacques Rousseau, la voluntad general también se forma a partir de la regla mayoritaria. En su *Contrato social* y bajo un sugerente título: *Del abuso del gobierno y de su pendiente a degenerar*, traza el derrotero que sigue la diferenciación del gobierno en cuanto voluntad particular enfrentando a la voluntad general y la soberanía: “Como la voluntad particular actúa sin cesar contra la voluntad general, así el gobierno hace un esfuerzo continuo contra la soberanía. Más este esfuerzo aumenta, más la constitución se altera, y como no hay en absoluto aquí otra voluntad de cuerpo que resistiendo a la del príncipe haga equilibrio con ella, debe suceder temprano o tarde que el príncipe oprima en fin al soberano y rompa el tratado social” (Rousseau, 1992: 113).

El problema radica entonces en que las funciones del poder estatal tienden a fortalecer los intereses corporativos en desmedro de la voluntad soberana. El ejercicio de la autoridad gubernamental es una fuente de diferenciación y esta discriminación termina por crear un *interés de cuerpo*. El Estado aparece en situación de declive, como un particular entre los particulares que conforman la sociedad civil.

Según estas concepciones europeas se produce, en la conformación del Estado republicano, una separación de poderes, ciertamente, pero, a la vez, una subordinación al poder legislativo, poder supremo, según Locke, del cual los otros poderes dependerían y no serían en modo alguno, autónomos. Para Rousseau, esa autonomía e independencia de los poderes del Estado ante la voluntad general de los ciudadanos, representaría un proceso inevitable de decadencia estatal, en la medida que diluye y fragmenta la unicidad de la decisión soberana.

Un cambio fundamental iría a recibir la concepción del Estado y sus poderes, junto con la idea de soberanía y la preeminencia de la voluntad popular mayoritaria, en la elaboración de los constituyentes de Estados Unidos de América. En efecto, fue en las ex-colonias británicas de América del Norte, donde se estableció una particular forma de gobierno y de división de poderes destinada a combinar dos principios de legitimación distintos: el de la constitución y el de las mayorías electoras en la formación de los poderes del Estado. Será el llamado sistema de “frenos y contrapesos”. En su viaje a Estados Unidos, Alexis de Tocqueville reconoció la existencia de un antagonismo intrínseco entre las concepciones liberal y democrática (Requejo Coll, 1994: 88). Tal antagonismo, aparecerá en las concepciones muy diferentes de los gobiernos Jefferson y Adams, como así mismo en los intensos debates que se darían entre los promotores de la adopción de una constitución federal y los antifederalistas. Entre los principales partidarios de una Constitución para todos los Estados se hallaban Madison, Hamilton y Jay. De los antifederalistas más vigorosos y que criticaron las tesis del gobierno y la constitución federales, se destacaba otro seudónimo: *Brutus*, correspondiente a Robert Yates.

Thomas Jefferson, partía de la consideración de identificar la República con el dominio constante de la voluntad de la mayoría, sometida – es cierto – a las leyes inamovibles del Estado. El “principio sagrado” de la República era, para Jefferson, el siguiente: “la voluntad de la mayoría ha de prevalecer en todos los casos, esa voluntad para ser legítima tiene que ser razonable; (...) la minoría posee derechos iguales que las leyes deben proteger y cuya violación sería opresión” (citado por Hampsher-Monk, 1996: 268). La república entonces es sinónimo de democracia representativa, pues para Jefferson, con un gobierno “cercano” – vale decir: elegido por la mayoría directa de ciudadanos– y, además, *responsable ante el pueblo*, no puede haber tiranía. El Estado debía contar con controles y equilibrios constitucionales, aunque el pueblo, en ningún caso, debía ver limitado su poder por otros controles adicionales.

Pero el principio liberal del nuevo Estado no tardaría en afirmarse en las esferas gubernamentales, cuando John Adams sostendrá que el verdadero significado de una república no es la democracia – término que no gozaba en la época de un sentido positivo – sino “un gobierno, en el que todos los hombres, ricos y pobres, magistrados y súbditos, funcionarios y pueblo, señores y siervos, el primer y el último de los

ciudadanos están sujetos por igual a la ley” (Adams, 1850-1856: 453). Entonces, la república no se distingue por el carácter democrático (control político popular) sino por la abolición del privilegio formal de carácter legal. Célebre ideal de Adams: *Un gobierno de leyes y no de hombres* que luego sería cultivado por Hamilton. La garantía formal prevaleciente sería la igualdad legal como base del principio esencial: establecimiento del *imperio de la ley*, fundamentado en una separación rigurosa entre el cuerpo legislativo y el Poder Judicial.

Entre los federalistas, en particular Madison, principal gestor junto con Hamilton de la constitución federal de 1787, iría a prevalecer el principio liberal del gobierno representativo, pero con fuertes frenos y contrapesos, que limitasen el carácter político que podría adoptar una “tiranía mayoritaria” o voluntad popular. Madison negaba que la democracia fuese una especie de república (para Adams sí lo era). Para él se trataba de dos tipos diferentes de gobierno.

En la época, el derecho de voto pertenecía sólo a los varones mayores de edad, blancos – con algunas excepciones de hacendados negros de los estados del norte - y registrados en el censo de propietarios. En este contexto, la mayoría constituyente, debía estar de acuerdo sobre la forma de gobierno a establecer, con determinadas características sin las cuales no se lo podía considerar como “gobierno legítimo”, aún contando con el apoyo de la mayoría popular. De donde se puede comprender que el establecimiento de un gobierno nacional “podía significar una barrera de contención que garantizara los derechos de las minorías que se ven amenazadas por las mayorías interiores o, incluso los derechos de las mayorías amenazados por los cuerpos legislativos de los Estados” (Hampsher-Monk, 1996: 291)

Mediante la división de poderes y la institución de un poder central, encarnado en el ejecutivo y también en el poder judicial, se iría a propiciar un freno y una limitación a la representación directa de la mayoría electora. Del mismo modo, los estados de la unión verían limitadas sus soberanías, por el poder acordado al gobierno central y a las altas cortes federales, por sobre las legislaturas.

Algunos antifederalistas, por el contrario, temían la expansión de un poder central sobre los Estados y la limitación crucial de la soberanía. El opositor de *Publius*, el antifederalista *Brutus*, argumentaba, siguiendo a Montesquieu, que los Estados grandes tienden al absolutismo, mientras que si se mantienen las soberanías de Estados

pequeños, se consolidan repúblicas. La tesis antifederalista sostenía que el republicanismo sólo podía sobrevivir conservando poderes estatales no centralizados y bajo control popular. Con un sentido casi profético se podía anunciar: “Cuanto más poderes se confiriesen al centro, más se convertiría el gobierno nacional, y no el Estado, en la unidad política de base, haciendo de Norteamérica, en el caso que fuera gobernable, necesariamente un imperio, en el sentido peyorativo en que se dice de la Roma tardía, y en oposición a una república” (Yates, 1810)

c) *La supremacía de la representación legislativa*

Las teorías que han postulado la necesidad de distinguir y separar las diferentes ramas del poder estuvieron destinadas a resolver el problema recurrente – en todas las formas de Estado – del abuso de poder, cuando éste se encuentra concentrado en un solo individuo, grupo o corporación. Frente al absolutismo de las monarquías – tanto en Locke como en Montesquieu y en Rousseau – se trataba de hallar interpretaciones del poder soberano, de la legitimidad de las autoridades, para establecer formulaciones y combinaciones capaces de imponer límites a la independencia absoluta de los reyes, quienes reunían en sus personas, la facultad de dictar leyes, de ejecutarlas y de ser, además, jueces supremos y recurso de apelación en causas privadas y públicas.

Muchos autores hablarán, no sin razón, de la construcción de un “mito” de la separación de poderes. Mito construido a partir de una interpretación sesgada de la obra de Locke y, sobre todo, de Montesquieu. Un antecedente lo hallamos en la tesis de Eisenmann (*L’esprit des lois et la séparation des pouvoirs*, 1933), quien sostiene que el capítulo sobre la Constitución de Inglaterra (Libro XI) “ha engendrado un «Mito» de la separación de poderes y una escuela de juristas (finales del siglo XIX y comienzos del XX) (...) que tomaron como pretexto ciertas fórmulas aisladas de Montesquieu para asignar a éste un modelo teórico puramente imaginario” (citado por Althusser, 1971: 98) Ciertamente, Locke concebía dos tipos de poderes en el sociedad política: el de establecer leyes (legislativo) y el de forzar a su cumplimiento (ejecutivo). Para él, el segundo sólo sería legítimo en la medida en que las leyes establecidas por el primero también fuesen legítimas, es decir, sancionadas por los representantes elegidos. En ese sentido, John Locke, no deja ningún lugar a dudas al insistir en numerosas ocasiones sobre el rol supremo, director, subordinante, del poder legislativo sobre los otros

poderes y organismos del Estado, que era la manera de acentuar la primacía de la representación de la sociedad sobre la autoridad del monarca y de los funcionarios por él nominados. Pues en el fondo, más allá de los enunciados constitucionales “(...) lo que es absolutamente necesario para ser ley” es “el consentimiento de la sociedad”, en el sentido de que “nadie puede ostentar el poder de hacer leyes (...) excepto por consentimiento y autoridad recibidos de la sociedad misma” (Locke, 2003: 141).

El único poder legítimo del Estado es el del consentimiento de la mayoría representada en el legislativo y, de algún modo, este sistema de separación de poderes, lejos de legitimar las autoridades ejecutiva y judicial, sólo les concede la autoridad de la tradición, la sombra de un verdadero poder, basado en las ruinas que dejó tras de sí, la caída de la monarquía absoluta: “Como la forma de gobierno depende de dónde se deposite el poder supremo, que es el legislativo (pues es imposible concebir que un poder inferior prescriba lo que debe hacer otro superior, y no hay poder más alto que el de dictar leyes), el tipo de Estado dependerá de dónde se deposite el poder de legislar”(Ibidem.: 140).

Vale decir, en esta “separación de poderes”, es el legislativo quién autoriza y se sirve de los jueces. Y además, se trata de una separación vinculante, subordinante de los otros poderes: “sólo puede haber un poder supremo que es el legislativo y al cual todos los demás deben estar subordinados (...)” (Ibidem: 154). ¿Es concebible una división rígida de poderes cuando se plantea tal subordinación? Por su parte, Montesquieu no presenta al judicial como un poder decisorio y capaz de establecer un control específico sobre los otros dos poderes del Estado, sino que “este poder es invisible y como nulo” (Montesquieu, 1958, libro XI, cap. 6). El juez es sólo una presencia, una voz: Su función consiste en recordar y decir la ley, lo cual no era desdeñable en una época en la cual no existían aún las constituciones escritas y donde el derecho era fundamentalmente consuetudinario. Para Jean-Jacques Rousseau, la separación de los poderes del Estado, cuando escapa al control social efectivo en todos o alguno de sus componentes, puede engendrar fenómenos de autonomismo de sus instituciones y que alguna de ellas se apodere de las funciones de las otras, estableciendo un proceso degenerativo en las funciones básicas de los sistemas republicanos.

Pero estas lógicas y estas teorías acerca de la separación e interacción de los poderes del Estado, van a sufrir alteraciones muy profundas cuando se confronten a

realidades sociales, históricas, culturales y políticas diferentes, como las que hallamos en la constitución de los Estados Unidos. Es allí cuando nace esa concepción de la división “pura” de tres poderes, con competencias estrictamente separadas y con orígenes igualmente diversos: el poder judicial, el poder ejecutivo y el poder legislativo. Así Hamilton establece el siguiente matiz en los derechos soberanos del pueblo: “(existe) un derecho del pueblo para alterar o abolir la constitución establecida siempre que la encuentre incompatible con su felicidad; con todo no se ha de inferir de este principio que los representantes del pueblo, siempre que se dé la casualidad de que una inclinación pasajera se apodere de una mayoría de sus electores y sea incompatible con las disposiciones de la constitución existente, estuvieran, por esa causa, justificados para violar tales disposiciones (...)” (Hamilton, Madison et al., 1810: N° 78). Para Hamilton la “voluntad popular” se expresa en los dictados inamovibles de una Constitución que impone límites a las facultades legislativas de los representantes electos en el Congreso. En contraste con los teóricos europeos, no aparece una supremacía del legislativo en el ordenamiento estatal, sino más bien una facultad extendida de los jueces – como “guardianes de la constitución” - para hacer valer la revisión constitucional de los actos del legislativo. De hecho, la Constitución de 1787 no estableció la revisión de los actos legislativos, aunque, para Hamilton, ésta sería una función esencial de los tribunales federales. En especial, tal competencia judicial despertó resquemores y dudas entre los confederados pues la revisión judicial no sólo eliminaba la supremacía del legislativo sobre los otros poderes, sino que ubicaba al poder judicial como intérprete último y definitivo de la constitución, en algún sentido, como autoridad suprema de la república. Hamilton salió al paso de esas objeciones, defendiendo la supremacía básica de la constitución sobre los tres poderes del Estado. En esta corriente constitucionalista estadounidense la separación de poderes será entendida como división y compartimentación, donde cada poder – o departamento, como se le llamaba entonces – abarcaría una esfera propia. Cada poder sería asegurado, sin interferencias, en cada ámbito, por un órgano rigurosamente distinto de los otros órganos. Sobre todo, se trataría de limitar el presumible abuso de poder del poder legislativo y, eventualmente, del poder ejecutivo, de donde el poder judicial aparecería en una situación de garante jurídico y constitucional del conjunto del sistema y el único capacitado de interpretar que tan “pasajeras” o no, fuesen las inestables inclinaciones de la voluntad mayoritaria.

En este sistema la legitimidad constitucional se ubica por encima de la legitimidad de la voluntad popular, pues esta última, a diferencia de la constitución, no tiene por qué ser estable y puede cambiar de sentido según hacia dónde se inclinen sus tendencias mayoritarias. Ése sería el fundamento de una república, guiada por una dualidad de principios: el *principio liberal* – imperio de la ley y la constitución rígida - y el *principio democrático* o de representación popular.

La independencia del poder judicial como limitante de la voluntad mayoritaria

La primacía de la ley sobre la voluntad popular “pasajera” e inestable – debía asegurarse poniendo en pie de igualdad el tercer poder, el judicial. Si los europeos, como vimos, no lo consideraban como un verdadero poder, independiente, sí asumían que los jueces debían ser “imparciales”, no ser “parte interesada” en las causas a juzgar, lo cual terminará por crear la ficción de que debía centrarse en ellos – y no en el legislativo – la legitimidad y la estabilidad del Estado liberal, como sistema de “frenos y contrapesos” bajo el imperio de una ley inamovible. La idea que subyace en esta concepción es que el poder absoluto, es decir ilimitado, es tiránico en sí mismo. Una idea que, tanto Madison como Hamilton, retomaron de Locke y de Montesquieu, pero que cobrará un giro distinto en los autores estadounidenses. Publius señala en El Federalista N°10: “los cuerpos legislativos sin control al igual que el poder sin control en cualquier otro lugar, podría acabar mostrándose tiránicos”.

Mientras que para los clásicos europeos, la limitación del poder absoluto es un problema de *fuerzas sociales* – nobleza, burguesía – frente al despotismo del monarca, en Publius, se trata de un control y un *freno institucional* – un poder judicial autónomo e independiente – capaz de controlar y contrapesar los dos peligros que visualizaban en el establecimiento de la república liberal: el “de la tiranía de la mayoría” – representado en el congreso - y el de “un ejecutivo despótico”. Madison llegó a sostener que se trata de evitar “las combinaciones opresivas de una voluntad mayoritaria”.

El poder judicial se establece como una garantía final de la primacía de la constitución en el seno de una república popular a través de la supremacía federal sobre los Estados. Publius sostenía en El Federalista N° 80: “(...) se ha de convertir en un poder tan independiente como sea posible de las demás ramas del gobierno nacional,

por su modo de designación no es popular, y mediante la titularidad del cargo que es, mediante un «buen comportamiento», ilimitada»

Los tres poderes también tienen autonomía organizativa entre sí, lo cual conducirá – si se hallan debidamente equilibrados – a decisiones *de consenso*, no necesariamente apoyadas por la voluntad popular mayoritaria. En la búsqueda de ese complejo equilibrio político-institucional, Madison apoyaba – en caso de conflicto - la primacía final del Gobierno nacional sobre los Estados federados, pues cuestionaba severamente los mecanismos de democracia directa. También el mismo poder legislativo precisaba ser dividido y equilibrado, pues, en los gobiernos republicanos era la rama más poderosa. En el *Federalista* N° 51, defendió la idea de dividirlos por “diferentes modos de elección y principios diferentes de acción, para que estuvieran tan desvinculados como fuera posible”. Madison justifica la escisión como un modo de disminuir aquello que consideraba un poder de otro modo peligrosamente preponderante en el gobierno representativo. Los antifederalistas – *Brutus* – criticaron este sistema de división y equilibrio de los poderes porque temían la opresión de un gobierno central y que el poder judicial federal – dotado de instrumentos de control tan poderosos sobre el legislativo – terminase por primar bajo un sistema donde los representantes terminarían por promulgar aquellas leyes que los jueces de las altas cortes se dignasen a aprobar. Una situación que, en la actualidad, no nos es ajena. *Brutus* señalaba que el poder de la judicatura para determinar la constitucionalidad de la legislación abarcará finalmente una suerte de autoridad legislativa. Los cuerpos legislativos: no aprobarán leyes “sabiendo que los tribunales no las aplicarán” y “El juicio judicial en la constitución, - es decir, el control de constitucionalidad - se convertirá en la norma con la que guiar el cuerpo legislativo” (Yates, 1810, N° XVI).

La independencia judicial frente a la movilización social

La concepción que soporta la independencia rígida de los poderes del Estado, y de su obligado corolario en la independencia y autonomía judicial, son propias del momento histórico estadounidense, luego de lograda su independencia como conjunto de estados federados. Según Atilio Borón: “obedecen al diseño constitucional forjado por los padres fundadores de la constitución norteamericana que no ahorraron argumentos para desalentar, o impedir, la participación de la plebe en los asuntos públicos” (Borón,

2004: 32). Se podría agregar que ese énfasis por contrapesar y frenar la participación de las mayorías en los asuntos públicos, se iría a reavivar notablemente cuando se ampliaran las bases sociales del gobierno representativo - mediante la extensión del sufragio - y esa “plebe” adquiriese un peso político determinante en la conformación del gobierno legal. Al mismo tiempo que se consolidaban procesos de democratización en las sociedades desarrolladas, a finales del siglo XIX con la extensión del sufragio universal masculino y la adquisición de derechos de asociación y expresión, se fue prefigurando el llamado Estado de derecho mientras se afirmaban las tendencias de pensamiento político, judicial y económico, que ubican a la preeminencia de las instituciones liberales diseñadas en la constitución estadounidense, como el modelo óptimo de desarrollo económico, político y social (Lijphart, 1999: 22). Ante esa ola democratizadora, surgieron tendencias del pensamiento económico, social y político, con evidentes interacciones en el campo del derecho (teorías normativas), de la psicología (conductismo o *behaviorismo*) y de la administración pública, orientadas a fortalecer el entramado reglamentario e institucional del Estado y a interpretar, de una manera diferente, la relación entre las conductas y preferencias de los individuos en relación con la apertura de las instituciones, incluidas las económicas y políticas del Estado. De esas tendencias hace surgir Guy Peters (2003) las primeras formas del llamado *institucionalismo*, por el rol crucial que conceden a las normas formales e informales o instituciones en la regulación de la sociedad. El nuevo institucionalismo o *neoinstitucionalismo*, el cual se difundiría desde la década de los años 80 del siglo XX, de algún modo se contrapone a las corrientes tradicionales – por las perspectivas adoptadas – pero mantiene un trazo en común – dentro de una gran diversidad de tendencias – como un elemento de fortalecimiento de los principios liberales en la conformación de las instituciones estatales. La línea de parentesco entre neoliberalismo y neoinstitucionalismo, en cuanto regulador del cambio político, aparece muy bien representada en el trabajo de José F. Parra, *Liberalismo: nuevo institucionalismo y cambio político* (2005).

El llamado institucionalismo norteamericano estimulaba la reverencia casi supersticiosa al texto de la constitución y sus órganos, entronizando, al poder judicial del Estado, como el garante supremo del Estado de derecho y como la salvaguarda fundamental de los principios liberales – derecho de propiedad y estabilidad en el

cumplimiento de los contratos entre particulares – en situaciones de ascenso de la movilización popular (*populismo* estadounidense, auge de las *trade-unions* inglesas y propagación del *socialismo* francés) y la extensión – sin parangón hasta la fecha – de las libertades democráticas de los individuos y sus agrupamientos. El llamado neoinstitucionalismo económico, que se derivará de estas posturas – y en la actualidad de los trabajos de Douglass North, premio Nobel de Economía 1993 - comprenderá que la evolución social será, ante todo, un fortalecimiento de las instituciones administrativas y judiciales del Estado, las cuales adquieren un valor determinante en la regulación de la sociedad por vías pacíficas, al mismo tiempo que permiten el desarrollo económico, entendido como libre juego del mercado con bajo intervencionismo estatal (Kalmanovitz, 2001: 19-45).

Esta visión teórica neoinstitucional, en donde se estimula la vigencia de los derechos individuales, se consolidó a partir del Consenso de Washington y, especialmente, durante la llamada “segunda generación de reformas” o Consenso de Santiago. La segunda generación de reformas irá a complementar los alcances de la reforma estrictamente económica y se centrará en el fortalecimiento de la independencia y autonomía del poder judicial en los países de América Latina (Banco Mundial 1997; Banco Interamericano de desarrollo, 2000; 2006).

La implementación del modelo de frenos y contrapesos, que la reforma institucional lleva implícita, tenderá a acentuar dos rasgos del sistema destinados a sofrenar los excesos de las olas democratizadoras que se suceden en diversas regiones del planeta:

- a) Uno de esos rasgos es la extensión del sistema judicial como modelo de convergencia de legalidad, adecuado, claro está, a las características propias de cada país. Vale decir, tendiente a establecer la extraterritorialidad de la norma jurídica, con sus efectos de debilitamiento sobre las soberanías nacionales.
- b) El otro rasgo consiste en reforzar las instituciones legal-formales (liberales) del Estado de derecho, como entes sustitutivos, en algunos casos, o alternativos, en otros, de los designios de la voluntad popular en cada país, con el consiguiente, debilitamiento del proceso democratizador – en sentido propio – emprendido en las sociedades emergentes.

Con anterioridad al Consenso de Santiago, ya en 1991, y por iniciativa del Tribunal Supremo de los Estados Unidos y de su presidente William H. Rehnquist, se estableció el *Comité de Relaciones Judiciales internacionales*, con la misión de “supervisar el intercambio judicial internacional”, impulsar la independencia del poder judicial en el mundo, considerándola en sus aspectos universales, pues, una vez establecida “mantenerla y reforzarla es un proceso peculiar a cada sociedad” (Pitts, diciembre 1996) y, con ese propósito, ayudar a establecer Consejos de Judicatura en el mundo. Mediante la capacitación y las visitas e intercambios de jueces federales de Estados Unidos, se debía propiciar la independencia y autonomía de aparatos de justicia apropiados a las nociones de una justicia universal.

El comité impulsó el establecimiento de Judicaturas independientes en los diversos Estados, basándose en la experiencia norteamericana, no sin una notable dosis de etnocentrismo: “(...) podemos decirles qué es lo que ha funcionado en Estados Unidos” pues, de algún modo, según la juez Cynthia Hall, presidenta de esta institución judicial de alcance mundial: “Hemos comprobado que la independencia judicial puede estar mejor protegida si los tribunales son una rama separada del Estado y controlan su propio presupuesto y personal” (ibídem). Según esta orientación – y que tanta influencia ejerció en Latinoamérica – se debe tender al carácter vitalicio del cargo de los jueces pues “es difícil tener una judicatura independiente si los jueces tienen que ser elegidos” (Ibidem), dar garantías de una retribución adecuada para los mismos y brindarles protección contra la interferencia política.

Postulados de la Segunda generación de reformas y su impacto en América Latina

Siguiendo los avatares de la ola democratizadora – especialmente el fin de las dictaduras en Brasil, Argentina, Uruguay y Chile, en el Cono Sur – se impulsarán las reformas económicas en prácticamente todos los países de la región. Dicha apertura de las economías, operada durante fines de los años 80 y comienzo de los 90, será impulsada en una situación definida por la crisis del Estado-nación en la conducción económica y el alto endeudamiento externo de las economías. Se responsabilizó no sólo a los Estados y a sus políticas económicas por sus déficits fiscales, sino en general, se puso en tela de juicio toda la institucionalidad que soportaba la matriz estadocéntrica del

Estado desarrollista latinoamericano, que antaño lo habilitaba para penetrar, orientar y controlar extendidos sectores productivos e intervenir en la redistribución del excedente económico (Molina Giraldo, 2006: 47).

Los propósitos expresos de la apertura se cifraron en la búsqueda del ajuste estructural de la economía, los planes de estabilización macroeconómica y la liberalización del comercio como respuesta al fracaso del modelo de desarrollo económico centrado en el Estado, el “estado-centrismo” y la consiguiente pérdida de capacidad del Estado-Nación para la dirección de la política económica. La independencia de la banca central, con respecto a las orientaciones del gobierno de cada país, es una muestra elocuente de esa limitación de los alcances de las decisiones soberanas de los gobiernos latinoamericanos en beneficio de instancias de decisión de tipo técnico-colegiado.

Con la excepción de Chile – aún gobernado por Pinochet – los programas de ajuste estructural y de estabilización ortodoxa se realizaron bajo gobiernos republicanos electos: “Como consecuencia de este proceso de convergencia se produjo una reducción del «campo de lo posible», es decir de las opciones políticas y modelos conceptuales alternativos a la disposición de los países en desarrollo para formular estrategias de desarrollo autónomas” (Santiso, 2001). El sentido político de la reforma – más allá de un aporte sustantivo a la participación ciudadana en las decisiones estatales - se remite a las tesis de la corriente neoinstitucionalista de la economía, según las cuales las instituciones estatales – en especial las judiciales – desempeñan un rol determinante en la transformación económica de las sociedades y en la formulación de políticas públicas. Tal enfoque neoinstitucionalista concluye que variables como: estabilidad política, seguridad jurídica, garantía de derechos de propiedad, cumplimiento de contratos y adecuado manejo de las funciones públicas, entre otras, como la “adaptabilidad” de los gobiernos locales, tienen un impacto significativo sobre la tasa de crecimiento económico (Banco Mundial, 1997; Banco Interamericano de desarrollo, 2000). Es casi innecesario agregar que también tienen un efecto sobre el sistema político, en la medida que alteran el centro de gravedad de la toma de decisiones en el Estado, pasando éste, de las autoridades electas por la voluntad mayoritaria - Legislativo y Ejecutivo - a las surgidas por el equilibrio y el consenso con las instituciones de la administración estatal y del sistema de justicia. Desde esa dimensión de la reforma, el

tema del fortalecimiento de los sistemas judiciales y la administración de justicia ha cobrado una importancia inédita. Las justificaciones que presentan quienes la alientan rescatan dos características fundamentales de la independencia judicial:

- a) La independencia judicial aseguraría la *imparcialidad* del sistema, vale decir que las decisiones de los jueces no serían influidas por criterios personales o políticos partidistas. No habría ni presiones, ni interferencias de ningún sector sobre la actuación de los jueces.
- b) La independencia judicial aseguraría la *estabilidad* – mantenimiento del statu quo – de las decisiones político-económicas, pues de esa forma los compromisos asumidos por el gobierno en la formulación de sus políticas tendrían mayor credibilidad. El cambio unilateral de políticas por parte del ejecutivo o el legislativo, sería casi imposible por el control de constitucionalidad ejercido por las altas cortes (Santiso, 2001).

La decisión sobre política económica sigue escapando al gobierno representativo, en la medida que dos cuerpos independientes del mismo, la Banca Central y el Poder Judicial, podrían, por sí mismos, regular los movimientos económicos nacionales, asegurando así la liberalización de cada mercado interno. Como lo argumenta Carlos Santiso: “La tendencia funcionalista e instrumentalista de esta lógica tiende, sin embargo, a desvalorar la importancia y la autonomía de la política como vector de cambio” (Ibidem: 7).

El proyecto del Banco Mundial impulsó medidas generales que intentan afectar las estructuras de los órganos judiciales en muchos ámbitos de los cuales señalo los más significativos para nuestro tema:

- En el ámbito institucional y orgánico: Fortalecer la autonomía del sistema judicial e introducir nuevas instituciones, mediante la creación de Consejos de Judicatura o de Magistratura, allí donde no existieran previamente; creación de Cortes Constitucionales, encargadas del control y/o veto de medidas de gobierno (Legislativo y Ejecutivo) por desacuerdo con la interpretación de la norma

constitucional y otras instancias como las Defensorías del Pueblo y Fiscalías o Ministerios Públicos, como ente acusador, igualmente independientes.

- En el ámbito formativo: Impulso a la carrera judicial, mediante nuevos sistemas de selección, nombramiento y promoción de magistrados, con el fin de superar la politización tradicional.
- En el ámbito de la organización y gestión institucional: Modernización y tecnificación de la gestión institucional. Racionalización de los servicios mediante la creación de nuevos modelos organizativos en despachos judiciales y tribunales. Asegurar mayores recursos públicos para la administración de justicia sin depender de la aprobación del ejecutivo, con el fin de dotar al cuerpo de autonomía. Mejora de los honorarios de los jueces e inversión en infraestructura y equipamiento (Comisión Andina de Juristas, 2000: 21-22).

Evidentemente, el debilitamiento del rol de los poderes ejecutivo y legislativo, debía apoyarse en una restitución plena de los derechos civiles e individuales, por lo cual se propiciarían medidas tendientes a sustituir las formas clásicas del sistema representativo, dadas a través de los partidos políticos, por un nuevo sistema participativo, donde el ciudadano – dotado de todos los derechos – pudiera acceder directamente a la justicia. Esta dinámica terminaría por mermar el papel de los partidos políticos como órganos casi exclusivos de representación ciudadana, con una consiguiente consolidación del poder judicial como árbitro – acaso suprapartidista - de las decisiones políticas del Estado y actor fundamental en el diseño de políticas públicas.

A modo de conclusión: ¿politización de la justicia o judicialización de la política?

Algunos autores explican la existencia de un poder judicial independiente por el papel especial de grupos de interés en la producción de políticas públicas y de leyes favorecedoras de sus intereses corporativos. Representa, entonces, la lógica de los *lobbies*, en donde los políticos locales serían comprendidos como maximizadores de rentas y, en ese carácter, “venden” legislaciones a grupos de interés que presionan y obtienen determinadas normas favorables. Luego – y he aquí la reprochada inestabilidad - los políticos pueden romper sus compromisos y variar las leyes aprobadas.

El énfasis puesto en la estricta independencia y autonomía del sistema judicial, como control y contrapeso de los poderes emanados de la representación, plantea un cambio en los equilibrios internos en el Estado. Este cambio tiende a acentuar la conservación del *statu quo*, por las atribuciones reactivas que otorga a las cortes en el control y censura constitucional de los actos legislativos. Conducidos de manera rígida, esos cambios pueden llevar a judicializar la vida política, desde el momento en que las atribuciones se extienden a un poder proactivo, a través de las sentencias, invadiendo, en ese caso, más que evidentes competencias legislativas.

Como lo señala el profesor Peretti de la Universidad de Santa Clara, resulta casi obvio decir que “en la realidad la independencia judicial siempre es limitada, que está condicionada políticamente, que empíricamente no se ha demostrado que permita garantizar los objetivos a los que se asocia, y que en las altas cortes la independencia de que gozan los jueces es usada para impulsar sus preferencias ideológicas” (citado por Burgos Silva, 2005). Vale decir, que la independencia judicial sería una construcción social, política y cultural y no propiamente un modelo reproducible a voluntad en todo tiempo y lugar.

Naturalmente, los condicionamientos políticos a los que se encuentra sujeto el Poder Judicial no se manifiestan de la misma forma en los distintos regímenes políticos ni en los diferentes sistemas de partidos. En la especie, la politización del sistema judicial y de su judicatura, aparece con mayor evidencia “(...) cuando el poder político está controlado por un solo partido o movimiento compacto y unido durante un período prolongado de tiempo, se aumentan la capacidad y los incentivos del ejecutivo y el legislativo para introducir reformas que conlleven a la subordinación de los jueces y las cortes y, especialmente, la neutralización de sus poderes de control” (Burgos Silva, 2005). Burgos Silva, con una intención sin duda diferente, nos remite a una definición de “independencia judicial” que no elude, en buena lógica, a la politización inherente a este cuerpo del Estado: la independencia judicial sería el producto del *balance del poder entre al menos dos partidos políticos con fuerza similar*, y donde ninguno ejerce un control monolítico. Sin embargo, repartida o monolítica, con partido hegemónico o con bipartidismo de alternancia, la influencia politizadora del Ejecutivo y el Legislativo sobre la composición de las Altas Cortes del Estado, parece ser un albur del cual no

pueden evadirse los sistemas judiciales, a no ser que ejerzan ellos mismos una influencia determinante, judicializando los sistemas políticos.

Con mucha sensatez el profesor Peretti señala la inconveniencia para cualquier gobierno, de intervenir en la composición de un cuerpo judicial cuando existe congruencia ideológica entre las ramas, “no parece útil, necesario ni conveniente intentar atacar y controlar una institución que apoya ampliamente las políticas propias”. Ese parece ser un dilema resuelto. La congruencia ideológica entre las ramas confirma más que refuta la amplia politización del judicial en los regímenes latinoamericanos, cualquiera sea su sistema de partidos.

La independencia y autonomía rigurosas del Poder Judicial, así como el apego rígido a los textos constitucionales según la interpretación de magistrados, y los poderes acrecentados para controlar, depurar o vetar las decisiones del Legislativo y el Ejecutivo, conduce entonces a una judicialización de la política y a introducir, subrepticamente, elementos de oposición política ajenos al sufragio popular, es decir a los recursos propios de las decisiones democráticas. Así presenta Ramseyer esta intromisión judicial en las instancias gubernativas: “La creación de un judicial independiente formaría parte de las condiciones institucionales para hacer oposición al gobierno de turno y limitar sus posibilidades de acción” (citado por Burgos Silva, 2005).

Los políticos electos y los representantes populares, dada la profusión abrumadora de fallos y sentencias de alcance político pronunciadas por las altas cortes, deben necesariamente ingresar en el dédalo de interpretaciones judiciales, ajustar hasta la minucia sus propuestas y acciones legislativas, y terminarán votando sólo aquellas leyes con posibilidades de ser aprobadas por las instancias judiciales. En esas condiciones: “Un poder judicial independiente constituiría, entonces, un instrumento fundamental para controlar al partido en el poder y afectar sus capacidades de acción vía la judicialización de la política” (Burgos Silva, 2005). Una situación que se presenta cada vez con mayor frecuencia en algunas de las repúblicas sudamericanas inmersas en procesos de reforma judicial, a la vez que son protagonistas de la emergencia de movimientos sociales que acceden, en muchos casos por vez primera – durante la democratización - a hacer gravitar su voluntad en las decisiones de gobierno.

La ausencia de mecanismos de elegibilidad de los jueces de las altas cortes, la debilidad de los sistemas de control democrático – en el sentido de sometimiento al escrutinio público de la actuación judicial – y, sobre todo, el carácter vitalicio de algunos cargos judiciales, crean la percepción pública, bastante comprensible por lo demás, de que esta corporación estatal representa potencialmente, un serio obstáculo a la democratización efectiva de las sociedades.

Bibliografía

Adams, J. (1850-1856, Edición original: 1887-1788), “Defence of the Constitutions of Government of the United States of America”. En Charles F. Adams, Editor. *The Works of John Adams*, vol. 5, Boston.

Althusser, L. (1971), *Montesquieu, la política y la historia* (1ra ed.) Medellín, Cuadernos de teoría y práctica.

Bergalli, R. (marzo-abril 1991), *La quiebra de los mitos. Independencia judicial y selección de los jueces*. Caracas, Nueva Sociedad, pp. 112, 152-165.

Banco mundial (1997), *Informe sobre el Desarrollo Mundial. El Estado en un mundo en transformación*. Washington, Banco Mundial. Disponible en: www.worldbank.org/html/extpb/wdr97/spanish/wdr97spa.pdf [2 de junio de 2009]

Banco Interamericano de Desarrollo (2000), *Desarrollo más allá de la economía. Informe 2000. Progreso económico y social en América Latina*. Washington, Banco Interamericano de Desarrollo.

B Banco Interamericano de Desarrollo (2006) *La política de las políticas públicas. Informe 2006*. Washington: Dpto. de Investigación del Banco Interamericano de Desarrollo. Disponible en: <http://www.iadb.org/res/ipos/2006/index.cfm>. [20 de mayo de 2009]

Bobbio, N. (1994), *El futuro de la democracia*. México, Fondo de cultura económica.

Bobbio, N. y Bovero, M. (1986), *Origen y fundamentos del poder político*. México, Ed. Grijalbo-Colección Enlace.

Borón, A. (2004), *Estado, capitalismo y democracia en América Latina*. Buenos Aires, FLACSO.

Burgos Silva, G. (2005), *¿Qué se entiende hoy por independencia judicial? Algunos elementos conceptuales*. Disponible en: www.ilsa.org.co/IMG/pdf/burgos.pdf. [20 de marzo de 2007]

Comisión Andina de Juristas (2000), *La reforma judicial en la Región Andina. ¿Qué se ha hecho, dónde estamos, adónde vamos?* Lima, Comisión Andina de Juristas.

Crozier, M., Huntington, M. y Watanuki, J. (1976), *The Crisis of democracy: On the Governability of Democracies*. New York, New York University Press.

Dahl, R. (1999), *La democracia: una guía para los ciudadanos*. Madrid, Ed. Taurus.

De Jouvenel, B. (1957), *La soberanía*. Madrid, Ediciones Rialp S.A.

Díaz García, E. (1966), *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid, Ed. Cuadernos para el Diálogo.

Duverger, M. (1973), *La democracia sin el pueblo*. Caracas, Editorial Ariel.

González Quezada, C. A. (nov. 2008), *La Comisión Nacional de los Derechos Humanos: un análisis de su génesis y desarrollo desde la perspectiva neoinstitucional*. Buenos Aires: XIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Disponible en: <http://www.planejamento.gov.br/hotsites/seges/clad/documentos/gonzquez.pdf>. [25 de marzo de 2009]

Hamilton, A; Madison, J. et al. (1810), *The Federalist* (papers). Disponible en: <http://www.foundingfathers.info/federalistpapers/fedindex.htm> [28 de noviembre de 2008]

Hampsher-Monk, I. (1996), *Historia del pensamiento político moderno*. Barcelona, Ed. Ariel S.A.

Hobbes, T. (1995; edición original: 1651), *Leviatán. La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil* (trad. Carlos Mellizo) Madrid, Alianza Editorial.

Huntington, S. (1994), *La Tercera Ola. La Democratización a finales del siglo XX*. Buenos Aires, Editorial Paidós.

Kalmanovitz, S. (2001), *Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia – Capítulo 1: Institucionalismo viejo y nuevo*. Bogotá, Editorial Norma.

Lijphart, A (1999), *Las democracias contemporáneas* (4ta. edición). Barcelona, Editorial Ariel S.A.

Linz, J. (1987), *El quiebre de las democracias*. Madrid, Alianza Editorial.

Locke, J. (2003, edición original: 1689), *Segundo tratado sobre el gobierno civil. Salus populi suprema lex esto*. Madrid, Alianza Editorial.

Magalhães, P. y O'Donnell, G. (2002), *The Judiciary and its relations with the Executive and the Legislative. Síntesis de la discusión Working Group 3, The Judiciary and its Relations with Executive en el marco de la Conferencia Democratic transition and Consolidation*. Madrid, s. n.

Mainwaring, S. y Shugart, M. S. (2002), *Presidencialismo y democracia en América Latina*. Buenos Aires, Paidós.

Molina Giraldo, J. M. (2006), *Partidos políticos en América Latina: una mirada desde la gobernabilidad*. (tesis de Maestría) Bogotá, Academia Diplomática San Carlos – Instituto de Altos Estudios para el Desarrollo del Ministerio de Relaciones Exteriores – Universidad Externado de Colombia.

Montesquieu (1958; primera edición: 1748), *De l'esprit des loix*. Paris, Société des belles lettres.

Parra, J. F. (2005), “Liberalismo: nuevo institucionalismo y cambio político”. En: *Política y Cultura*, 24. DCSH, División de Ciencias Sociales y Humanidades, UAM-X, Universidad Autónoma Metropolitana, Delegación Xochimilco: México. Disponible en: <http://polcul.xoc.uam.mx/pyc24/parra.pdf> <http://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/Nuevo%20institucionalismo%20y%20cambio%20politico.pdf>. [26 de septiembre de 2008]

Peters, G. (2003), *El nuevo institucionalismo: la teoría institucional en Ciencia Política*. Barcelona, Ed. Gedisa.

Pitts, David (entrevista, diciembre 1996) *La protección de la independencia del poder judicial: Un esfuerzo mundial*. Entrevista a la juez Cynthia Hall del Tribunal de Apelaciones, noveno circuito, Pasadena, California, presidenta del Comité de Relaciones Judiciales Internacionales. *Publicaciones electrónicas de USIS*, Vol. 1, N° 18, diciembre 1996. Disponible en: <http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/1296/ijds/pitts.htm>. [28 de septiembre de 2008]

Requejo Coll, F. (1994), *Las democracias. Democracia antigua, democracia liberal y Estado de bienestar* (2da. edición). Barcelona, Editorial Ariel S.A.

Rousseau, J.-J. (1992; primera edición: 1762), *Du contrat social*. Paris, Ed. Flammarion.

Ruano Miranda, A. (2008), *Independencia judicial: una aproximación a los procesos políticos de Argentina y Venezuela* (tesis de Maestría). Bogotá: Academia Diplomática San Carlos – Instituto de Altos Estudios para el Desarrollo del Ministerio de Relaciones Exteriores – Universidad Externado de Colombia.

Santiso, C. (2001), *Gobernabilidad democrática y reformas económicas de segunda generación en América Latina*. La Rioja, España, Universidad de La Rioja. Disponible en internet:

http://www.iigov.org/revista/?p=8_10. [2 de noviembre de 2008]

Sartori, G. (1987), *Teoría de la democracia: el debate contemporáneo*. México, Ed. Patria.

Schumpeter, J. (1942), *Capitalism, Socialism and Democracy*. New York, Harper.

Tocqueville, A. de (1963; edición original: 1840), *La democracia en América*. México, Fondo de Cultura Económica.

Weber, M. (1987; edición original: 1922), *Economía y sociedad*. México, Fondo de Cultura Económica.

Weffort, F. C. (1995), “La América equivocada. Apuntes sobre la democracia y la modernidad en la crisis de América Latina” en: Reyna, J. L. (comp.) *América Latina a fines de siglo*. México, Fondo de Cultura Económica.

Yates, R. (1810?), *The anti-federalist* (papers). Nueva York, New York Journal desde octubre de 1787 hasta abril de 1788. Disponible en: <http://www.constitution.org/afp/brutus00.htm> [2 de febrero de 2009]

Zakaria, F. (noviembre-diciembre 1997) *The rise of Illiberal Democracy*. En Foreign Affairs, 76 (6). Disponible en:

<http://www.fareedzakaria.com/ARTICLES/other/democracy.html> [2 de febrero de 2009)

- (2003), *El futuro de la libertad. Las democracias <iliberales> en el mundo*. Bogotá: Ed. Santillana.