

cionado es más correcto hablar, como nos aconseja Fred W. Riggs,¹⁵⁵ de prácticas paraconstitucionales.

La respuesta a éstos y otros interrogantes de este tipo, se contraponen a una visión estática y exclusivamente prescriptiva de las instituciones y hace hincapié en que estas últimas evolucionan en y a través de los procesos gubernamentales de las que ellas mismas se constituyen en marcos.

155. Fred W. Riggs, "La supervivencia del Presidencialismo en Estados Unidos: Prácticas paraconstitucionales", en *Presidencialismo vs. Parlamentarismo*, Buenos Aires, Eudeba, 1988.

CAPITULO VII

EL PAPEL DEL PODER JUDICIAL
EN EL PROCESO DE GOBIERNO

Hípólito Orlandi y Roberto Bavastro

Especial relevancia en la actividad de gobierno tiene —aunque frecuentemente se la ha oscurecido o ignorado en la teoría— la actuación de los magistrados y tribunales. Naturalmente, la cabeza del poder judicial, es decir, los altos tribunales de justicia (Corte Suprema, Tribunales Superiores) y los tribunales constitucionales, cuando son órganos diferenciados, tienen el más relevante papel —aunque no únicamente— en este sentido. Ello se manifiesta con mayor énfasis aún, cuando este papel se referencia en orden a controlar la intromisión del poder ejecutivo en esferas funcionales que le están vedadas.

A las instituciones de gobierno les es confiado el ejercicio, administración y control del poder político en el Estado. Definiendo entonces al gobierno como el conjunto de los sujetos con poder de autoridad y de órganos políticos a los que institucionalmente les está confiado el ejercicio, administración y control del poder político; surge con claridad que el marco de integración institucional del poder judicial y, especialmente, de su órgano superior, está dado principalmente por la tarea de controlar al poder político.

En los gobiernos democrático-constitucionales la institución judicial es la que está mejor posicionada en el arco de los órganos de gobierno, para cumplir con tres significativas funciones. En primer lugar, ha de proveer el sustento jurídico a la legalidad y legitimidad del sistema, generando credibilidad y seguridad jurídica en las instituciones; en segundo lugar, tendrá por misión responder eficazmente a su función propia de administrar justicia y controlar la constitucionalidad de los actos de gobierno; y, finalmente, satisfacer la creciente demanda de justicia que plantean las sociedades de todo el mundo.

Todo ello requiere —considerando a la institución judicial como uno de los poderes del estado democrático— como presupuestos: que en las relaciones con el

resto del sistema institucional se respeta el principio de división y equilibrio de los poderes y que, desde el punto de vista de la modalidad de su funcionamiento, tenga una marcada independencia respecto de los otros órganos de gobierno.

En efecto, en todos los regímenes políticos democráticos la función judicial aparece en la primera línea de la institucionalidad al revalorizarse su función de control de constitucionalidad -que tiene como prerequisite la mencionada independencia-, para frenar los avances de otros poderes. En particular, tal papel central, se visualiza en aquellos gobiernos que se instauran en regímenes políticos en transición hacia la estabilidad democrática. Aquí, el fortalecimiento de los poderes del Estado aparece como eje central de la preocupación sobre las instituciones y, muy especialmente, luego de haber demostrado periodos de inestabilidad política e institucional. La ineficacia en el cumplimiento de los tres papeles mencionados derivaría en el peligro de caer en la invasión de un poder -el ejecutivo- en las esferas funcionales propias de los otros -legislativo y judicial.

El relativo aislamiento de estos altos tribunales del proceso político propiamente dicho, frente al legislativo y al ejecutivo, le hace más fácil a sus integrantes otorgarle relevancia a valores materializados en argumentos y enfoques proplamente jurídicos.

Las principales políticas, que se sirven de las decisiones judiciales en el proceso de gobierno, han sido invocadas judicialmente sin el apoyo de conjuntos sustanciales de votantes organizados, grupos de interés o bloques políticos identificables. Los altos tribunales de justicia muchas veces, al decidir, podrían anticipar más oposición política que apoyo y, sin embargo, resuelven igualmente ajustados a razonamientos jurídicos que son garantía de seguridad jurídica. Pocos políticos propondrían una plataforma de contenidos antipáticos: una corte de justicia, en cambio, no actúa de forma directamente determinada por las elecciones. Un efecto de la autoridad formal de estos tribunales es aumentar la probabilidad de que argumentos y enfoques jurídicos, que son poco habituales para el razonamiento político, tengan influencia en los contenidos decisoriales del proceso político.

Frecuentemente los tribunales superiores suelen tomar determinaciones generales basadas en casos atípicos. Los efectos políticos de las decisiones jurídicas de los tribunales tienen, además, la particularidad de que éstos sólo atienden casos específicos, generalmente bastante excepcionales. Esto puede señalar una tendencia en las instituciones judiciales, frente a otras instituciones de gobierno, a establecer reglas generales basadas en un tipo de situaciones atípicas o extremas, que a menudo son las que se convierten en objeto de acción judicial. Si los casos excepcionales generan malas soluciones judiciales, en el sentido de no ser los más apropiados para establecer una directriz, también pueden ser impropios los efectos políticos de esas decisiones judiciales.

de esto hay muchos ejemplos.

Sin embargo, también las otras instituciones políticas de gobierno difícilmente han sido inmunes a la tendencia de hacer política sobre la base de casos atípicos, extremos o dramáticos; tales casos pueden afectar más el aspecto del tema que se hace ver a la gente y así influir también -probablemente de modo negativo- en los resultados del proceso político. Pero, sin duda, el problema puede presentarse más profundamente en el diseño institucional de los tribunales, que deciden casos específicos, que en otras instituciones.

La teoría de la separación de poderes está basada en que la libertad sólo puede ser protegida en un sistema político que adhiera a los principios de esa separación: a) el de la distinción entre una orden arbitraria y una ley, entendida ésta como conjunto de normas elaboradas para regular el comportamiento social, con la característica de la generalidad; b) el de las tres funciones de gobierno -legislativa, ejecutiva y judicial- puestas en manos de tres ramas separadas, caracterizadas respectivamente por requerimientos de representatividad, rapidez y eficacia, imparcialidad e independencia; y c) en una concepción más radicalizada, seguida por algunos sistemas constitucionales, el de la integración de las tres ramas por grupos diferentes de personas, sin que esté permitido pertenecer al mismo tiempo a más de una de ellas.

Mientras que en los sistemas parlamentarios de gabinete la rama legislativa y ejecutiva se conectan en la cúspide, en los presidencialismos la separación es formal y estricta (sin que las excepciones como el Vicepresidente presidiendo el Senado tengan entidad suficiente para desvirtuar el principio). Pero en todos los sistemas se defiende la independencia de los jueces.

La doctrina de la separación de poderes -desarrollada por Montesquieu, Locke, Blackstone- integra los principios antes mencionados en una idea de gobierno según la cual, cuando los poderes legislativo y ejecutivo están unidos en la misma persona, no puede existir libertad e, igualmente, no hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo y del ejecutivo. Aun en una concepción atenuada de la doctrina, en la que ésta se desglosa y aplica como "separación de instituciones que comparten poderes", el principio de la independencia del poder judicial es el que más estrictamente se respeta y el que ha tendido históricamente a profundizar sus contenidos, lejos de reducir sus alcances.

La doctrina de los frenos y contrapesos dentro del sistema político -idea de mayor contenido práctico que la de la separación de poderes-, fue elaborada como mecanismo para impedir el ejercicio abusivo del poder por quienes dominaban una u otra rama del gobierno. El equilibrio deseado entre las partes del gobierno se mantiene -según esta doctrina-, dando a cada rama no sólo los medios para cumplir con sus funciones propias, sino también los conducentes a controlar a las otras.

3
ppio)
de la
separación
de poderes

1. no se
debe
separar
los
poderes

no se
puede
separar
los
poderes

checks and balances

II

El control de constitucionalidad ejercido por el poder judicial requiere de un funcionamiento independiente de la rama judicial del gobierno, porque "el poder del ejecutivo puede aumentarse indirectamente en los sistemas legales que poseen esta forma -judicial- de revisión constitucional. Si, como en Estados Unidos, el Presidente posee un poder considerable en la designación de los jueces, ello puede permitirle escoger a aquellos que tengan más probabilidades de simpatizar con las actuaciones políticas de su propio partido. Aunque esto no significa que los jueces, una vez nombrados, se conviertan en servidores del ejecutivo, las concepciones de los jueces designados pueden afectar a su interpretación de las disposiciones abiertas de la constitución".¹⁵⁶

Los integrantes de los altos tribunales de justicia no prestan su juramento constitucional para facilitar o dificultar los propósitos políticos de los gobiernos de turno. Lo hacen exclusivamente para decidir si ellos se adecuan al orden constitucional y, por la misma razón, no sería saludable que el alto contenido emocional que suelen tener esos propósitos políticos gubernamentales impresionen de tal modo a los magistrados que lleguen a depender de ellos, pues revisten como guardianes supremos de los principios constitucionales entre los cuales está, invariablemente, el evitar cualquier exceso de los otros poderes. Los jueces, entonces, tienen el deber ineludible de pronunciarse ante cualquier intento de desconocer tales principios. Les está vedado medir la capacidad política de las ramas ejecutiva y legislativa: son guardianes del sistema de libertades del pueblo y de ningún modo los encargados de encauzar su destino político y económico. Es, pues, institucionalmente indispensable que las cortes judiciales sean el órgano de gobierno más desapasionado y el confiable tutor de los mandatos constitucionales.

Los tribunales de justicia tienen una inmensa autoridad formal que les da relevancia institucional en los procesos de gobierno, especialmente en ciertas áreas. En primer lugar, el crecimiento del cuerpo jurisprudencial. La jurisprudencia de las cortes de justicia en regímenes democráticos muestra, a partir de la dilatada autoridad que les es reconocida, una influencia también creciente de sus decisiones, puesto que significan la aplicación de las leyes a los casos concretos. En segundo lugar, el control de constitucionalidad es, sin duda, el elemento determinante de su peso institucional. En tercer lugar, la facultad de los tribunales en general y del tribunal supremo de establecer por vía de interpretación los alcances y requisitos de una norma, así como la cre-

156. Paul Craig, voz "Derecho Constitucional", en Vernon Bogdanor (ed.), *Enciclopedia de las Instituciones Políticas*, Madrid, Alianza, 1991.

El deber de los jueces es ser imparcial y no partidista.

ciente cantidad de casos llegados en apelación, son otras muestras de su mayor influencia. En cuarto lugar, la corte superior es, en el sistema judicial, frecuentemente el último eslabón del proceso político decisorio, condicionando con sus pronunciamientos las resoluciones tomadas en otros ámbitos del poder gubernamental. *si se exceptúa en...*

Los tribunales emiten decisiones conteniendo considerandos convincentes o importantes en un contexto de Estado de derecho y, con ello, tienen influencia en las decisiones políticas tomadas en otros ámbitos. Dado que muchas decisiones tomadas en otros ámbitos -especialmente la burocracia- pueden apelarse en los tribunales, las consideraciones convincentes en especial en el pensamiento jurídico y consagradas por ellos, tienden a convertirse en capitales dentro del proceso político considerado como un todo y no sólo en lo que respecta a la jurisprudencia sobre casos particulares. *Alta el peso de las decisiones*

El derecho aplicado por los jueces tiene universalmente una notoria influencia, tanto en la regulación de las relaciones entre particulares cuanto en la incidencia de las instituciones políticas en la vida de los ciudadanos. Este fenómeno que, si bien no reviste en ciertos países la antigüedad, la tradición y el mismo peso institucional que ofrece en los países anglosajones -en Estados Unidos, por ejemplo, la Suprema Corte proclamó su autoridad en materia de revisión judicial en 1803, en el caso Marbury vs. Madison-, es sin embargo uniformemente reconocido en los regímenes democráticos. Son los jueces quienes, en la aplicación del derecho a los casos concretos, determinan y especifican los alcances de instituciones previstas en las leyes sancionadas por el legislativo, al establecer lo que constituye, por ejemplo, un comportamiento negligente, cuándo los particulares pueden rescindir un contrato o la fijación del monto de una indemnización, entre otros.

Asimismo, las decisiones administrativas -ya sean adjudicaciones, decisiones de aplicación a casos individuales o regulaciones de aplicabilidad general- pueden apelarse ante los tribunales, los cuales, al anular una decisión de la administración, pueden influir significativamente en las futuras decisiones de esa administración o de una rama de sus dependencias. La revisión judicial de las decisiones administrativas tiene una especial relevancia en el lugar que al poder judicial le cabe en el proceso de gobierno. *el respeto a la independencia*

El respeto por la jurisprudencia otorga una continuidad a las decisiones de los tribunales superiores de justicia que se visualiza como más marcada que las que ostentan las decisiones de las ramas ejecutiva y legislativa. Aunque a veces anulan precedentes, modificando la jurisprudencia, los tribunales respetan las formas precedentes como importantes para el razonamiento jurisprudencial. Esto aparece con más énfasis en los países que adscriben al sistema jurídico del common law, basado precisamente en los precedentes, pero también es un fenómeno universal. Ello hace que sean memorables los fallos que rectifican una doctrina, mucho más que otros

que la siguen, haciendo que los particulares -y aun el gobierno- ni siquiera intenten cambiarla por medio de los tribunales, porque los precedentes jurisprudenciales hacen mínimas sus posibilidades de éxito. Cambiar las políticas existentes es igualmente difícil en otras instituciones, pero lo es aún más revisar una política establecida para la administración en los tribunales. Siempre es menos probable que sea así cuando las cortes superiores, en defensa de los derechos e intereses de los particulares, se involucran en nuevas áreas donde existen pocos precedentes disponibles.

El cuerpo jurisprudencial ha ido creciendo al mismo ritmo que las leyes sancionadas por el parlamento o congreso en los distintos sistemas políticos. Podría decirse que a la llamada "inflación legislativa" (más leyes y mayor complejidad técnica de las mismas), corresponde una cierta "inflación jurisprudencial". Del mismo modo, la considerable autoridad formal que tienen las cortes supremas de justicia no ha surgido repentinamente, sino más bien a lo largo de una evolución dilatada en el tiempo. La importancia institucional de los tribunales superiores de justicia en los distintos países ha ido aumentando considerablemente a medida que fue avanzando el siglo XX. Es posible que en los primeros años de la organización nacional de los distintos países, sus cortes judiciales superiores hayan tenido un peso institucional relativo menor que el de los otros poderes, pero avanzando en la historia del desarrollo de las instituciones políticas, sin duda ese peso fue cobrando envergadura de un modo creciente. Aunque no conocemos estudios que contengan conclusiones estadísticas basadas en la imprecisa tarea de determinar qué proporción del total de normas legislativas han sido invalidadas a lo largo del tiempo en varios estados, sin duda puede afirmarse que la mayoría de los casos en los que las leyes fueron declaradas inconstitucionales ocurrieron durante este siglo.

Las cortes de justicia -especialmente el órgano superior- suelen ser, además, el tribunal que, en uso de su autoridad de revisión, puede declarar que una ley aprobada por el legislativo es inconstitucional y, por lo tanto, total o parcialmente inválida. La corte suprema o tribunal constitucional puede no sólo establecer que la constitución de un Estado prohíbe ciertas decisiones políticas sino incluso, eventualmente, establecer que la constitución exige -positivamente- ciertas decisiones. La creciente importancia institucional de esas cortes, precisamente, no está desvinculada de su papel en el control de constitucionalidad, del modo en que lo ha ejercido, de la independencia con la que lo ha practicado, del alcance que le ha ido dando.

III

Un sistema constitucional con una constitución rígida se halla caracterizado por dos factores: la exigencia de una mayoría calificada en el legislativo para poner en

esto legislativo se combate con el ejercicio de la función judicial en uso de su autoridad en el ejecutivo

esto es lo que se llama a la corte suprema o tribunal constitucional

ver el precedente

marcha el proceso de reforma constitucional que luego practica un órgano distinto -una convención constituyente, por ejemplo-, y un control de constitucionalidad depositado en otro poder, el judicial, control que es, además, descentralizado, es decir, que todo habitante afectado en sus derechos, persona, patrimonio e intereses es titular de una acción de defensa que le posibilita recurrir a los tribunales invocando la inconstitucionalidad en esa sede y cuestionar por esa vía las normas o actos en virtud de los cuales se hayan lesionado esos derechos. Para que tal control funcione es imprescindible la independencia del controlante respecto del controlado. Un tribunal superior judicial al que se le asigne tal función en el sistema y la ejerza de un modo independiente debe no sólo actuar con independencia, sino extender ese comportamiento independiente a todos los integrantes del poder judicial, a quienes debe respaldar y hacer respetar en la ejecución y aceptación de sus veredictos.

El fenómeno de la declaración de inconstitucionalidad por los tribunales superiores de justicia es especialmente frecuente en los presidencialismos con nítida separación de poderes y funciones, pero también ha sido común a muchos parlamentarismos, especialmente el alemán. La Suprema Corte de los Estados Unidos, por ejemplo, a lo largo de 1985 estableció que nada menos que ciento catorce cláusulas de leyes federales y mil ochenta y ocho cláusulas de leyes estatales o locales eran inconstitucionales.¹⁵⁷

Los tribunales también pueden establecer, por vía de su interpretación normativa, que exige una ley sancionada por el legislativo, aun -y especialmente- en casos donde tales requerimientos no son explícitos en la ley. Pero a la inversa, en casos extremos, un modo por el que los tribunales, desnaturalizando su papel institucional, pueden favorecer o "facilitar" la acción desarrollada por el poder ejecutivo "flexibilizando" la aplicación de disposiciones constitucionales, es a través de las llamadas "mutaciones por interpretación diversa". Ellas consisten en distorsiones por las que se incorporan, modifican o sustraen cláusulas constitucionales -referidas tanto a garantías y derechos individuales como a principios de la organización del Estado y del gobierno- por medio de la interpretación del texto constitucional por la jurisprudencia. Este tipo de mutación es de lo más peligrosa, por ser la menos evidente, la más sutil -incluso llega a ser subrepticia- y no permite visualizar claramente las modificaciones sustanciales de la constitución formal.

En lo que respecta a la protección de los derechos y las obligaciones -las normas jurídicas, generalmente, se definen en términos de derechos que se le reconocen a una parte y obligaciones que se le imponen a las otras-, la importancia de los tribunales en el proceso político está dada porque los derechos se toman así con más

lo independiente debería ser tal si se respeta lo ejecutivo

157. Lawrence Baum, *The Supreme Court*, 2ª ed., Washington, C Q Press, 1985, p. 173.

seriedad que la que de otra forma se los tomaría. Esto es obvio para los casos de derechos y garantías constitucionales, pero el principio también juega un papel importante en otro tipo de pronunciamientos de los tribunales. Las cortes son, de este modo, participantes principales en algunas áreas políticas sustanciales: aquellas donde las cuestiones relativas a derechos constitucionales son importantes. Porque si la política pública es vista como un conjunto de reglas que imponen obligaciones sobre los ciudadanos, entonces esas políticas están también constituidas por la jurisprudencia de los tribunales. La visión de las políticas públicas sólo como imposición de obligaciones tiende a darle la forma de meras exigencias o prohibiciones, más que la de incentivos. Al contrario de los economistas, por ejemplo, que creen que es una idea más sensata gravar el comportamiento indeseable que prohibirlo imponiéndole cargas, el pensamiento jurídico, en cambio, no alienta a pensar de esa forma: la influencia de los tribunales en el proceso político a través de sus decisiones impulsa políticas que exigen o prohíben más que alientan o desalientan.

El número de casos apelados ante los tribunales superiores también ha ido aumentando en todo el mundo y ello puede verse como expresión de un mayor peso institucional. En Estados Unidos, por ejemplo, aumentó un cuatrocientos por ciento entre 1943 y 1983.¹⁵⁸ La rigidez o liberalización de los procedimientos y del alcance jurisdiccional pueden permitir que menos o más casos se presenten a juicio. Pero también una u otra tendencia en la conceptualización de la jurisdicción llevan necesariamente a un aumento del papel relativo de esos tribunales en el proceso político, correlativo al que exhiben otras instituciones, puesto que lo que se ha expandido, en definitiva, es el papel del gobierno en su globalidad. Esa liberalización es aconsejable, porque además le permitirá al poder judicial evitar parecer históricamente estático en orden a su evolución, comparado con otras instituciones políticas gubernamentales.

Pero sobre todo en muchas ocasiones, la Corte Suprema o tribunal superior es nada menos –y precisamente– que el último eslabón del proceso político decisional: las decisiones tomadas en otros ámbitos del poder gubernamental no son definitivas hasta que el máximo tribunal de justicia se haya pronunciado. Como señala Kelman, refiriéndose a la Suprema Corte de Estados Unidos, "en una descripción del proceso político de la mayoría de los países democráticos, los tribunales podrían mencionarse sólo al pasar; en Estados Unidos, ello sería imposible", por eso "ningún tribunal de ningún país democrático juega un papel tan importante en el proceso político como la Suprema Corte de Estados Unidos".¹⁵⁹ Desde este punto de vista, las decisiones que toman los tribuna-

158. *Ibidem*, pp. 147-148.

159. Steven Kelman, *La política pública en el Estado moderno*, Buenos Aires, GEL, 1992, Cap. 6, "Los Escenarios Institucionales de la Política: La Suprema Corte", p. 118.

les superiores –al menos muchas de ellas– son decisiones políticas, porque participan del proceso decisorio del gobierno –actúan como poder– y casi podría decirse que "tienen fuerza de ley".

Quienes siguen la evolución institucional de los tribunales –y en especial de los tribunales superiores– en los distintos países, han señalado que éstos se han ido involucrando cada vez más en cuestiones relativas a políticas específicas, acompañando esa evolución a la creciente diversificación de las políticas públicas en las que el Estado contemporáneo se ha hecho presente.

Si bien las "decisiones políticas" que –desde un enfoque politológico– toman los tribunales se dan únicamente en el contexto de causas concretas entre litigantes –particulares o particulares y el Estado– en situaciones que constituyen una causa o controversia, la mencionada influencia en ciertos procesos decisorios de gobierno es innegable. Los tribunales no toman decisiones políticas pero, al fallar siguiendo los procedimientos judiciales, en definitiva tipifican el aspecto político que todo asunto público lleva insito.

Las decisiones que los mismos tribunales hacen acerca de sus procedimientos, afectan frecuentemente también el alcance de su autoridad judicial formal. Cuanto más dispuestos estén los tribunales –especialmente el que se encuentra en la cabeza del sistema judicial– a aceptar jurisdicción en juicios de donde la misma ha sido tradicionalmente cuestionada, más "decisiones políticas" –o, mejor aún, más decisiones judiciales con consecuencias políticas– se le presentarán y, por ende, más intervención adquirirán en los procesos decisorios de gobierno. Las reglas tradicionales limitan la capacidad de los tribunales para tomar "decisiones políticas", al limitar las situaciones en que cabe la revisión judicial. Pero casi universalmente las decisiones de los más altos tribunales de todos los regímenes políticos democráticos han ido ampliando tendencialmente los casos en que la revisión judicial es admitida. La admisión de controversias en que se arguyen derechos vinculados a "intereses difusos", especialmente en cuestiones ecológicas y relativas a la calidad de vida; el reconocimiento de la calidad de contribuyente, usuario y consumidor para la legitimación activa ante los tribunales; la admisión de juicios donde un conjunto se une para demandar daños mucho más grandes que si el juicio fuera planteado por unos pocos individuos; la actitud de los tribunales de no resolver por la vía argumental de que "la cuestión se tornó abstracta" penetrando en cambio en el fondo del asunto, etc.; son ejemplos de esta posibilidad. Esta creciente flexibilización de ciertas reglas jurisdiccionales, de competencia y de procedimiento, va abriendo camino, además, para la actuación directa en litigios de grupos organizados, para el crecimiento del interés de los abogados en causas de "interés público" y, finalmente, para una expansión del alcance de la autoridad formal judicial.

Todo lo dicho demuestra la importancia que el poder judicial y su tribunal supremo tienen en el proceso político en una democracia. La composición e inte-

función de control al poder
 de poderes
 ver control al poder

lo no es el
 lo p. del.
 lo son fund
 con ext. lo
 el p. de la
 el p. de la
 el p. de la

gración de ese poder, sus concepciones prevalecientes, su visión de la política judicial, su dignidad institucional y, sobre todo, su independencia de los otros poderes, da la pauta de su mayor o menor influencia en el gobierno.

El único recurso a través del cual ciertos diseños institucionales han permitido una cierta influencia del poder ejecutivo sobre los tribunales ha sido el de la designación de sus integrantes, generalmente por actos concurrentes del ejecutivo y el legislativo. En Estados Unidos, dos de cada tres presidentes han podido nombrar por lo menos un miembro de la Suprema Corte durante sus dos primeros años de gobierno. Un presidente que actúa durante dos períodos, probablemente pueda nombrar un significativo número de miembros de la Corte.¹⁶⁰ Y, como es lógico y hasta cierto punto se presupone, los presidentes normalmente designan gente cuyos puntos de vista espera que sean relativamente similares a los suyos. A su vez, en estos diseños institucionales el Congreso también tiene cierta influencia; la aprobación por parte del Senado de los nominados a la Corte de ninguna manera es automática. Siempre pesa la posibilidad de que alguna de las nominaciones sea rechazada.

Sin embargo, estas "influencias" del ejecutivo y del Congreso en el poder judicial deben verse como formas de "control democrático" de esos poderes sobre la Corte Suprema. Tal es el diseño del equilibrio de poderes — frenos y contrapesos. No significa, de ningún modo una vía libre para el "apoderamiento" por parte del ejecutivo o legislativo sobre el judicial. Si así fuera, habría que ver detrás de ese intento una vocación hegemónica de peligrosas consecuencias institucionales.

Kelman afirma que "... las leyes también pueden aprobarse para cambiar el tipo de casos de apelación que la Suprema Corte está autorizada a entender o el número de jueces que forman parte de la Corte. Tales esfuerzos raras veces han tenido éxito, pero a menudo se ha amenazado con ellos". Agrega que "... en 1937 el presidente Roosevelt hizo su famoso y fracasado esfuerzo, en reacción a decisiones que anulaban varias piezas de legislación del New Deal, para ampliar el número de miembros de la Corte. En su renombrado 'cambio a tiempo', la mayoría de la Corte sostuvo un conjunto de leyes del New Deal justo después del intento de Roosevelt de empaquetar a la Corte".¹⁶¹

Los distintos diseños institucionales contienen otras formas de control democrático de los otros poderes sobre los tribunales superiores de justicia: las leyes que el legislativo sancione — o, incluso eventualmente una reforma constitucional — pueden terminar por anular las decisiones de la corte de justicia en cuanto a la interpre-

160. Ver Robert Dahl, "The Supreme Court's Role in National Policy-Making", en Sheldon Goldman y Austin Sarat (comp.), *American Court Systems: Readings in Judicial Process and Behavior*, San Francisco, W. H. Freeman, 1978, p. 617.

161. Owen Kelman, *op. cit.*, p. 126.

tación que ha sentado en su doctrina jurisprudencial. Especialmente, las declaraciones de inconstitucionalidad de la Corte pueden llevar a reformas legislativas tendientes a subsanar ciertas objeciones constitucionales.

Algunos aportes hechos en países donde se considera al poder judicial en crisis y se critica no sólo la situación de los órganos de justicia sino, sobre todo, el modo en que el poder político ha llegado a controlarlos, han insinuado un camino rectificador en la dirección de lograr una "justicia profesionalista", esencialmente técnica y aislada del poder político, oponiéndola al modelo en el que creen ver — tal vez en un exceso de simplificación — una "justicia politizada". Pero desde un punto de vista politológico, la llamada "justicia profesionalista" es difícilmente practicable y su oposición al modelo "politizado" se aproxima más a una expresión de deseos que a una realidad. Puesto que el poder judicial y su más alto tribunal constituyen un órgano de gobierno, retienen un margen de "politización" que está dado sobre todo por su papel en el control de constitucionalidad. "Despolitizar" a los magistrados parece, entonces, una ingenuidad similar a la de pretender despolitizar al ser humano.

Para otros, en cambio, la llamada "justicia politizada" es un resultado del modo en que está organizado un sistema de gobierno, debido a los vicios que caracterizan al sistema de separación y control entre poderes. Así, para esta posición, los problemas que hoy aquejan a los órganos judiciales de muchos países no son el resultado del mal funcionamiento o del funcionamiento distorsionado de las instituciones, sino el producto normal del modo en que tales instituciones fueron organizadas. Las anomalías de funcionamiento del sistema son sólo aparentes.

No se trata de buscar una "justicia profesionalista" que se aisle de los modos de pensar prevalecientes en la sociedad o en un gobierno dado: sus deficiencias se pueden corregir, a veces, con reformas al sistema institucional — constitucionales o no — que, reforzando la facultad del control de constitucionalidad del poder judicial y mejorando su estructura y morfología, permitan mayor especialización de los magistrados; pero, muchas otras veces, solamente con un cambio en la mentalidad de quienes pueblan las instituciones de gobierno en el sentido de relativizar o erradicar ciertas desviaciones que hiperpolitizan las designaciones judiciales. Pero quedarse en la mera crítica a la "politización" de la justicia implica postular teóricamente un impracticable — y, con ciertos límites, hasta inconveniente — aislamiento del poder judicial respecto del poder político. Por otro lado, quedarse en la crítica "al sistema" lleva a postular reformas que, aunque a veces interesantes, plantean un cierto inmovilismo en el "mientras tanto" de llevarse a cabo. Ambas posiciones parecen coincidir en que nada puede hacerse sin "profesionalización" — y aislamiento — o sin reforma — compleja y mediata.

Así, para la primera posición, las desviaciones del órgano judicial en orden a la división de los poderes sólo se debe a la responsabilidad de los órganos políticos,

tendiendo a desresponsabilizar a los magistrados de dichas desviaciones: la solución sólo se alcanzará cuando se logre "despolitizar" a la magistratura. Para la segunda posición, la falta de independencia del órgano judicial se debe a "fallas" sistémicas que, por definición, tornan impracticable el principio de división de los poderes e ilusoria tal independencia, con lo que también se desresponsabiliza a quienes ejercen la judicatura. Por lo tanto, para esta tesis, la solución frente a las desviaciones funcionales de la justicia por intrusión de otros poderes sólo se alcanzará cuando se plasme una reforma institucional amplia que conciba de modo distinto la división de poderes. En ambos casos, parece arribarse a la conclusión de que la independencia de los jueces es impracticable, pareciendo olvidar que la institucionalidad de todos los regímenes democráticos la contiene y, por tanto, otorga a esos jueces la responsabilidad de resguardarla.

La independencia del poder judicial es un inmediato e imprescindible objetivo a alcanzar en aquellos regímenes en que se pueda encontrar cuestionada su plena vigencia. Resulta un imperativo que hace a la propia naturaleza de los regímenes democráticos. Los magistrados judiciales en tales regímenes sólo pueden actuar con independencia del poder político, más allá de su adhesión o no a las orientaciones de éste, y el ejemplo en ese sentido debe partir de los tribunales superiores.

Con la emergencia y el desarrollo de la sociedad de masas y, sobre todo, el creciente progreso tecnológico en los procesos gubernamentales (fases administrativa y ejecutiva) que posibilita una cada vez mayor rapidez en la toma de decisiones, ha aparecido sin duda una "crisis" contemporánea de la concepción "liberal" —originaria, del siglo XIX— del equilibrio estático entre los poderes constitucionales. Pero esa "crisis" de tal concepción está dada solamente en cuanto al carácter estático de la concepción de ese equilibrio. No puede llevarnos de ningún modo a negar el principio y mucho menos a sostener que se trata de una concepción superada. Simplemente ha planteado los términos de la problemática política contemporánea, en el sentido de las nuevas exigencias de la democracia actual en orden a la cooperación en la formación de la voluntad integral del Estado.

Frente a los riesgos de la tecnocracia como única e inapelable detentadora de la "racionalidad técnica" que aspira a monopolizar también la "racionalidad política", se erige, quizá con más fuerza que nunca, la necesidad de establecer —mediante la práctica institucional y el funcionamiento eficaz— una barrera de contención en la que los poderes legislativo y judicial toman nuevo valor en el sistema político democrático moderno. El principio deliberativo —garantía de racionalidad política y social en la democracia liberal, que "por sí solo" aseguraba un proceso democrático y legítimo en el proceso de toma de decisiones— fue cediendo lugar ante el principio de la eficacia administrativa sobre todo en cuanto a la asignación de recursos disponibles como preocupación central del sistema político. Ello llevó a la mayor preemi-

nencia, como fenómeno más o menos universal, del ejecutivo, pero de ningún modo puede decirse que esta evolución diera como resultado la desaparición de los legislativos. Por el contrario, dio nacimiento a un incremento de las funciones de control del órgano hasta entonces sólo legisferante: el control político del órgano representativo pluralista sobre el poder administrador.

Sostiene Lipset que una democracia estable requiere la manifestación de un conflicto o una división; de manera que "exista una lucha por las posiciones directivas, exigencias a los partidos que se hallan en el poder y cambios de los que gobiernan, pero sin el consenso —un sistema político que permita el 'juego' pacífico de poder, la adhesión por parte de los que 'están afuera' a las decisiones tomadas por los que 'están adentro' y el reconocimiento por parte de estos últimos de los derechos de los primeros— no puede existir ninguna democracia".¹⁶² He ahí el más importante valor institucional sobreviviente del "declinante" poder legislativo: el consenso. Del mismo modo, esa concentración excesiva de poder de decisión y acumulación de funciones en la órbita del poder ejecutivo, pareció oscurecer también la función jurisdiccional que tendió a verse como una función ajena al gobierno, aunque la teoría decía que estaba depositada en uno de los poderes del Estado. Pero ese mayor peso del Estado administrador tampoco alcanza para decretar la desaparición del poder judicial. Por el contrario, sirve para remarcar el papel sustantivo que el órgano judicial tiene en materia de control de constitucionalidad.

A la eficacia de los actos de gobierno del ejecutivo deben corresponder la eficiencia del control político del legislativo y la efectividad del control de constitucionalidad que, en última instancia, ejerce el supremo tribunal judicial.

Es decir que no nos hallamos frente a la desaparición de las funciones de los legislativos y los judiciales; no ha desaparecido el principio de la división de los poderes ni el de su equilibrio sino que, antes bien, estamos frente a una reformulación del ejercicio de sus roles a partir, desde cierto punto de vista, de un incremento o profundización de sus funciones respectivas. El robustecimiento de la calidad técnico-burocrática del Estado, con eje en las potestades del ejecutivo, sólo se justifica y legitima en las democracias constitucionales modernas con una concepción que acentúe la independencia —y lo ordinario de su práctica— por parte de los otros poderes, lo que constituye un complemento insustituible para ese Estado democrático moderno.

162. Seymour Martin Lipset, *El hombre político. Las bases sociales de la política*, Buenos Aires, Rei-Tecnos, 1988, p. 21.

El poder judicial —y, sobre todo, su cabeza—, cualquiera sea la forma de gobierno tiene por función ejercer, sin titubeos, un celoso control de constitucionalidad, última barrera que garantizará contra los excesos en que el ejecutivo pudiera incurrir en el ejercicio habitual de sus múltiples —e incrementadas— atribuciones. Para que ese control no sea una ilusión es indispensable que opere otro principio: el de la independencia del controlante respecto del controlado.

También es indispensable para acompañar la evolución del concepto de división y equilibrio de poderes en el Estado moderno democrático, que ese control se amplíe y extienda —tendencialmente— en cuanto a la "materia controlable". Llevar tan lejos como se pueda ese control de constitucionalidad es el desafío institucional de un tribunal superior de justicia que pretenda contribuir en la adecuación de las instituciones de gobierno a los tiempos actuales. Ni han fenecido los principios de separación y equilibrio de los poderes y de independencia del poder judicial, ni los poderes legislativo y judicial han de pasar a un papel subalterno, secundario o desprovisto de valor frente al ejecutivo. De otro modo, bajo el pretexto de "eficientismo", nos enfrentaremos a una encerrona donde el "decisionismo" acabe por diluir la esencia misma de los regímenes democráticos-poliárquicos: Entonces, la práctica institucional de los protagonistas que integran y encarnan los poderes legislativo y judicial deben tender a la adecuación de aquellos principios a las nuevas circunstancias y evoluciones, acentuando sus funciones propias y encontrando nuevos caminos que refuercen su institucionalidad y mejoren la "calidad" de nuestras democracias.

TERCERA PARTE

LA GÉNESIS DEL PRESIDENCIALISMO ARGENTINO