

Independencia del poder judicial y Estado de Derecho en América Latina: los casos de Argentina y Venezuela

Gabriel Negretto y Mark Ungar

Como parte de la estructura de separación de poderes, la independencia del poder judicial es la principal garantía de un Estado de Derecho, esto es, de un sistema de leyes generales que se apliquen con uniformidad e imparcialidad, tanto en los conflictos suscitados entre particulares, como entre éstos y las autoridades estatales. Al hacer posible la intervención del Estado como tercero imparcial en la adjudicación de conflictos de interés y en la protección de derechos legalmente protegidos, la existencia de un poder judicial independiente genera claros beneficios colectivos. Por un lado, permite el funcionamiento eficiente del mercado al proveer a los agentes económicos de una instancia que garantice en forma creíble los derechos de propiedad y el cumplimiento de obligaciones contractuales privadas. Por otro, hace efectiva la vigencia de un régimen democrático en tanto que asegura a los ciudadanos la igualdad formal ante la ley y el ejercicio de libertades civiles básicas.

La idea del juez como tercero auténticamente imparcial es, desde luego, una imagen idealizada. En tanto que individuos insertos en un contexto social y político determinado, los jueces mismos tienen intereses parciales y visiones particulares del mundo que vuelcan en sus decisiones. No obstante ello, es preciso notar las profundas diferencias que

Gabriel Negretto es abogado por la Universidad de Buenos Aires, licenciado en Asuntos Internacionales por la Universidad de Columbia y actualmente candidato a doctor en Ciencias Políticas por la misma universidad.

Mark Ungar es graduado en Literatura y Gobierno en Wesleyan University, licenciado en Asuntos Internacionales por la Universidad de Columbia, y actualmente candidato a doctor en Ciencias Políticas por la misma universidad.

existen en el ejercicio de la función judicial en distintos países y regiones del mundo. Mientras que las democracias capitalistas consolidadas han logrado crear aparatos judiciales que gozan de cierta legitimidad entre la población en cuanto a la objetividad de los remedios que brindan para la resolución de conflictos, la mayor parte del llamado mundo en desarrollo presenta una administración de justicia visiblemente sujeta a la constante presión y manipulación de las autoridades políticas y grupos privados de interés.

En particular, ésta es la situación de varios países en América Latina, que aun luego de haber establecido regímenes democráticos y de haber reinstalado o reformado sus constituciones desde la última década, continúan viviendo en sistemas en los que el poder judicial carece del mínimo de autonomía que se requiere para conferir prestigio y legitimidad a sus decisiones. El objetivo de este trabajo es proveer una primera aproximación teórica para explicar esta situación, utilizando como estudio de casos a Argentina y Venezuela, dos países que, a pesar de sus contrastantes trayectorias en términos de desarrollo político e institucional, presentan paralelos interesantes en cuanto a la dificultad de establecer un poder judicial independiente.

El presente ensayo se halla dividido en tres secciones. La primera desarrolla un marco explicativo fundado en los incentivos que enfrentan los actores políticos ante la posibilidad de crear y mantener un mecanismo independiente de aplicación de reglas. El principal argumento que presentamos aquí es que la independencia del poder judicial depende en primer lugar del grado de compromiso que tengan los actores políticos de observar las garantías establecidas para protegerla. Este compromiso, a su vez, sólo puede surgir si los actores políticos son capaces de resolver los problemas de cooperación que en el pasado les hicieron imposible coordinar la creación y el cumplimiento de esquemas constitucionales estables y autosostenidos. La segunda sección se ocupa de describir los distintos aspectos y analizar los obstáculos que presenta la creación de un poder judicial independiente en América Latina. Establecemos aquí una distinción entre aspectos negativos, como la imparcialidad en la selección y nombramiento de jueces y la ausencia de interferencias en el proceso judicial, y aspectos positivos, como la necesidad de apoyo que la administración de justicia requiere de parte de distintas autoridades estatales. La tercera sección desarrolla el estudio de los casos de Argentina y Venezuela, tanto desde el punto de vista del proceso político como institucional, con el fin de explicar la situación actual del poder judicial y proyectar posibles desarrollos futuros.

Microfundaciones de la independencia institucional de los jueces

Del mismo modo que la separación de poderes en general, la independencia del poder judicial puede verse como un mecanismo autovinculante en el que los actores políticos deciden restringir su libertad de acción, normalmente por medio de garantías constitucionales expresas, a fin de hacer posible un esquema eficiente de interacción colectiva.¹ Un poder judicial independiente hace creíble el compromiso de las autoridades estatales de proteger los derechos individuales, estabiliza las expectativas de conducta social al crear un mecanismo confiable de aplicación de sanciones y reduce los costos de transacción en el mercado al hacer posible el cumplimiento de contratos privados.² Entre los mismos actores políticos, un poder judicial independiente (particularmente, si tiene la capacidad de invalidar actos estatales contrarios a la constitución) provee de un sistema de garantías mutuas al evitar la posibilidad de que un actor sea capaz de manipular unilateralmente las reglas del sistema político.

Sin embargo, los beneficios que un sistema de cortes independientes genera para todos los miembros de la sociedad, podrían oponerse frontalmente a los intereses de corto plazo de un grupo de funcionarios elegidos que prefiera, mientras se mantengan en el poder, un sistema judicial abierto a distintas formas de influencia. Un sistema tal puede ser utilizado para recompensar lealtad política, intercambiar favores, favorecer ciertos intereses económicos, proteger a los mismos funcionarios de actos de corrupción o bien asegurar que ciertas políticas gubernamentales no serán frustradas por decisiones de la justicia. Dada esta posibilidad, cabe preguntarse en qué condiciones se halla, en el propio interés de los actores políticos (sean representantes del poder ejecutivo, legisladores o partidos políticos), comprometerse a cumplir con reglas formales destinadas en su conjunto a proteger la independencia del poder judicial.

¹ Acerca del concepto general de "precompromiso" en las ciencias sociales, véase Jon Elster, *Ulysses and the Syrens*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979. Sobre la noción de precompromiso y constitucionalismo, véase Stephen Holmes, "Precommitment and the Paradox of Democracy", en Jon Elster y Rune Slagstad (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 195-240.

² Véase Douglass North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, cap. 7. Para un análisis clásico de la relación entre el Estado de Derecho y la acción de los agentes económicos, véase Max Weber, *Economy and Society*, Berkeley, University of California Press, 1978, vol. 2, p. 883.

Para entender cómo puede surgir esta motivación, es preciso establecer cuáles son los tipos de interacción que enfrenta una élite política al intentar crear un sistema legal con capacidad para proteger derechos y aplicar sanciones. Las principales formas de interacción social, particularmente las relacionadas con la creación de instituciones, encierran problemas de coordinación o de cooperación. El problema de coordinación más frecuente en la creación de instituciones es aquel en el cual los actores enfrentan la posibilidad de elegir entre varios equilibrios posibles, que a pesar de ser mutuamente beneficiosos, algunos son mejores para unos y otros para otros.³ Así, como puede verse en el cuadro 1, el equilibrio I-I es mejor para el jugador B, en tanto que el equilibrio D-D es mejor para el jugador A.⁴ De todas maneras, puesto que los retornos que brinda el coordinarse son en cualquier caso mayores que la posibilidad de no coordinarse, ambos jugadores prefieren combinar sus acciones, aunque sea en el equilibrio que los beneficia menos.

Lo que define al problema de coordinación es precisamente que a pesar de que todos los actores prefieren coordinar sus acciones a la posibilidad de no coordinación, la presencia de diferencias distributivas podría obstaculizar el alcanzar un resultado en conjunto. Por eso, a diferencia de los juegos de coordinación pura, en que existen diversos equilibrios pero todos son igualmente buenos para todos (como el caso de decidirse si se debe manejar por la izquierda o la derecha), la existencia de una esfera de conflicto hace difícil resolver el problema de coordinación mediante la mera comunicación entre las partes acerca de qué estrategia van a seguir. En estos casos se requiere alguna forma de negociación en la que se defina el resultado de acuerdo al poder de negociación relativo de las partes.⁵

³ En la literatura de teoría de juegos, este dilema de coordinación se conoce como "Batalla de los sexos" y ha sido ejemplificado por medio de la historia de una pareja que difiere acerca del espectáculo que prefieren ver (ella quiere ver ballet y él, boxeo), pero que ante la alternativa de ir cada uno por su lado o ir juntos, cada uno prefiere ir con el otro aunque no fuese a ver el espectáculo de su agrado. Véase Luce Duncan y Howard Raiffa, *Games and Decisions*, Nueva York, Wiley, 1957, pp. 90-94, cap. 6.

⁴ La noción de equilibrio (o equilibrio de Nash) se define como aquella situación en la cual la estrategia de cada jugador es la mejor respuesta a la estrategia del otro. En esta circunstancia, ninguno de los jugadores tiene un incentivo para cambiar unilateralmente su estrategia. Véase James Morrow, *Game Theory for Political Scientists*, Princeton, Princeton University Press, 1994, p. 80.

⁵ El poder de negociación de las partes se define por medio de su capacidad de hacer amenazas creíbles, su aversión al riesgo y sus preferencias temporales. Cada uno de estos indicadores se halla a su vez determinado por los recursos materiales de las partes. Para un análisis de la noción de poder de negociación, véanse Jon Elster, *The Cement of Society*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, y Jack Knight, *Institutions and Social Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, cap. 5.

Cuadro 1

		A	
		I	D
B	I	2, 1	0, 0
	D	0, 0	1, 2

La creación de reglas constitucionales estables, en las que los actores políticos se comprometen entre sí y ante la ciudadanía a respetar en el futuro una serie de límites normativos a su conducta, encierra este tipo de problemas de coordinación. En efecto, desde decisiones tales como la extensión de derechos civiles, económicos y políticos, pasando por los distintos esquemas posibles de relación entre ejecutivo y legislativo, hasta las varias formas de organización del poder judicial, la creación de normas constitucionales encierra distintos niveles de conflicto entre los actores. Esto es así puesto que distintas formas de diseño institucional generan siempre consecuencias distributivas desiguales para cada uno de los actores.⁶ Sin embargo, si a pesar de las diferencias existentes, todas las partes perciben que el resultado de obrar en conjunto es mejor que el *statu quo* y nadie piensa que podría obtener más beneficios en el futuro actuando por su propia cuenta o manipulando las reglas acordadas, el cumplimiento de las normas puede tornarse autosostenible con el tiempo.⁷

La necesidad de que estas normas se apliquen en forma autosostenida proviene de que los actores políticos no disponen normalmente de una instancia superior de coerción que pueda obligarlos a cumplir sus promesas. Por esta razón, las reglas comunes creadas entre estos actores sólo se respetan si su cumplimiento se funda en convenciones que a

⁶ Para dar sólo un ejemplo, en tanto que un partido que tiene o espera tener control sobre el ejecutivo, prefiere mantener un poder legislativo débil o disminuir los controles de la legislatura en diversas áreas, un partido que espera hallarse en la oposición parlamentaria prefiere incrementar el poder de la legislatura, por ejemplo, haciendo responsable al gabinete de ministros ante la misma, o autorizando a la legislatura a nombrar jueces sin intervención del ejecutivo y por medio de mayorías especiales.

⁷ La noción de esquemas de interacción "autosostenibles" (*self-enforcing*) refiere a conductas perpetuadas en el tiempo y cuyo cumplimiento no depende de la existencia de sanciones formales para castigar desviaciones sino del equilibrio de expectativas mutuas entre los actores acerca de su continuación en el futuro. Este equilibrio de mutuas expectativas se denomina "convención" y añade a la noción general de equilibrio el hecho de que no solamente ningún actor tiene incentivos para cambiar unilateralmente de estrategia, sino que además desea que los demás continúen actuando como lo venían haciendo. Véase Jon Elster, *Nuts and Bolts for the Social Sciences*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 102.

las partes les interesa respetar dados los costos que implica cambiarlas o apartarse de ellas.⁸ Estos costos pueden visualizarse tanto en la dificultad que con el tiempo genera organizar alternativas institucionales más beneficiosas para un actor, cuanto por las sanciones de tipo informal que acarrea la violación de las reglas acordadas. De esta manera, cuando una constitución ha resuelto exitosamente problemas de coordinación entre las élites políticas y ha cobrado con el tiempo legitimidad ante los ciudadanos, el intento de un actor de violar sus normas debe enfrentar la posibilidad de sufrir sanciones tanto por parte de sus oponentes políticos como por parte de la ciudadanía que se expresa a través del voto y de la opinión pública.

La independencia del poder judicial es precisamente una de las reglas clave de un esquema constitucional de gobierno cuyo cumplimiento efectivo requiere la existencia de este tipo de incentivos. Pensemos, por ejemplo, en comparar las sucesivas recomposiciones que ha sufrido el poder judicial en América Latina frente a cada cambio de gobierno, muchas veces ante la impasividad o impotencia de la población, como lo ocurrido en 1937 en Estados Unidos, cuando Roosevelt fracasó al intentar crear en la corte suprema una mayoría de jueces adictos a la política del New Deal. A pesar de las críticas que había suscitado la previa actitud de la corte al declarar inconstitucionales varias disposiciones legislativas que incrementaban los poderes del presidente para intervenir en la regulación del comercio y la industria, el plan de Roosevelt de resolver esta situación ampliando los miembros de la corte produjo una inmediata campaña pública en su contra. En este sentido, al verse privado de apoyo suficiente, no sólo entre sus opositores sino también entre miembros de su partido y ante la opinión pública, Roosevelt debió finalmente abandonar el proyecto.⁹

La historia de distintos países, sin embargo, nos demuestra que los actores políticos frecuentemente fracasan en la creación de normas constitucionales capaces de convocar un cumplimiento autosostenido entre los mismos. En diversas circunstancias, la estructura de conflictos entre los actores es tal que algunos de ellos perciben que las alternativas institucionales que son mejores para unos son peores para otros,

⁸ Para un análisis de la constitución como forma de resolución a problemas de coordinación cuyo cumplimiento se funda en convenciones autosostenibles, véase Russel Hardin, "Why a Constitution?", en *The Federalist Papers and the New Institutionalism*, Nueva York, Agathon Press, 1979, pp. 100-120.

⁹ Véase Barry Weingast, "The Political Foundations of Democracy and the Rule of Law", mimeografiado, de próxima publicación en el *American Political Science Review*.

de modo que, a diferencia del caso anterior, cada uno prefiere, de ser posible, actuar por su cuenta a obrar en conjunto. Esta forma de interacción encierra un problema de cooperación que no se resuelve por la simple creación de normas. En efecto, cuando la oposición de preferencias indica que algunos actores elegirían obrar unilateralmente a coordinar sus acciones con otros, es posible que aunque se creen normas comunes, las mismas o bien no se cumplan o bien se modifiquen al compás del cambio de la relación de fuerzas. Como es sabido, ésta ha sido frecuentemente la dinámica de los actores políticos en América Latina, donde las normas constitucionales han estado sujetas a un cambio permanente o, cuando parecen estables, sólo permanecen en el papel.

El juego más conocido que encierra un problema de cooperación es el que presenta a dos prisioneros que enfrentan el dilema de confesar o no la comisión de un crimen. Su estructura (cuadro 2) está determinada por los retornos asociados con cada combinación de estrategias: si uno confiesa y el otro no, el que confiesa queda libre mientras el otro recibe la pena máxima; si los dos confiesan, obtienen una sentencia moderada, y si ninguno confiesa, ambos obtienen una sentencia menor que si ambos confiesan. Con el fin de evitar el peor resultado (obtener la pena máxima) e intentar obtener el mejor (quedar libre), la mejor estrategia para cada uno individualmente es confesar, es decir, traicionar al otro.¹⁰ Sin embargo, este resultado (T-T) es un equilibrio subóptimo, pues ambos podrían haber mejorado su situación cooperando mutuamente en no confesar.¹¹

Cuadro 2

		A	
		C	T
B	C	3, 3	1, 4
	T	4, 1	2, 2

¹⁰ La estrategia de confesar representa lo que se llama una "estrategia dominante", esto es, una estrategia que siempre brinda la mayor utilidad desde el punto de vista individual, independientemente de lo que el otro jugador haga. El orden de las preferencias de mejor a peor es para ambos: 1) traicionar mientras el otro coopera, 2) cooperar mutuamente, 3) traicionar mutuamente, y 4) cooperar unilateralmente. Véase George Tsebelis, *Nested Games: Rational Choice in Comparative Politics*, Berkeley, University of California Press, 1990, p. 62.

¹¹ Un cierto equilibrio se define como "Pareto óptimo" cuando es imposible mejorar la situación de un actor sin que al menos uno de los otros resulte perjudicado. En este sentido, el equilibrio

Si consideramos la independencia del poder judicial como el resultado de la colaboración mutua de los actores políticos en la observancia de las normas constitucionales que la garantizan, el posible equivalente de este juego es la situación de un grupo de funcionarios públicos cuya primera preferencia sea manipular las reglas en su propio beneficio e interés, dejando que otros gobiernos cooperen en el futuro en mantenerlas, y cuya peor alternativa sea cooperar unilateralmente.¹² La resolución de este problema es particularmente difícil puesto que, como dijimos anteriormente, tratándose de actores políticos no existe entre ellos una autoridad central capaz de forzarlos a cooperar, como sí puede ocurrir entre actores privados que se sujetan a la intervención del Estado para forzarlos a cumplir sus compromisos.

Una primera posibilidad sería que se resuelva el problema de cooperación mediante un cambio en las preferencias de los actores de modo que se eliminen o reduzcan los conflictos que los enfrentaron en el pasado. Esto requiere normalmente algún evento crítico que haga que los actores prefieran ahora actuar en conjunto como garantía para su mutua supervivencia. Tal podría ser la experiencia de una dictadura que haya impuesto pérdidas considerables a todas las facciones políticas. Así, por ejemplo, la traumática experiencia de la Guerra Civil y la dictadura franquista en España favoreció el comienzo de la transición democrática a fines de los años setenta, la desradicalización de los partidos de izquierda y de derecha, y la definición de áreas institucionales de interés común en que las partes podían realizar diversos compromisos.¹³ En esta circunstancia, es posible que la estructura misma del conflicto haya cambiado de manera que podríamos encontrarnos de vuelta frente a un problema de coordinación cuya resolución exitosa, como lo seña-

resultante del dilema de los prisioneros es subóptimo ya que la situación de ambos podría mejorar sin que ninguno de ellos se perjudicara. En efecto, los retornos que brindaría una estrategia mutua de cooperación son superiores para ambos (3,3) respecto de los que brinda la traición mutua (2,2).

¹² Una posible variante de problema de cooperación es el llamado "Juego de la aseguración", donde la primera preferencia es cooperar mutuamente y sólo se prefiere traicionar cuando no se sabe o no hay certeza acerca de la cooperación del otro. En otras palabras, no hay aquí estrategia dominante y el resultado de cooperación mutua o traición mutua depende del grado de información de las partes acerca de su comportamiento. El problema que genera el cumplimiento de normas presenta frecuentemente esta variante.

¹³ De acuerdo con Josep Colomer, una de las claves del éxito de la constitución española de 1978 fue que a diferencia de experiencias pasadas, como la de 1931, los conflictos entre preferencias institucionales de los actores no se concentraban con la misma intensidad en todas las dimensiones de los problemas relativos a la organización del Estado. Esto permitió a los actores negociar concesiones por medio de las cuales, por ejemplo, lo que un actor cedía en un área, digamos la religiosa, lo obtenía en lo relativo a otra, como la organización económica. Véase Josep Colomer, *Game Theory and the Transition to Democracy*, Vermont, Elgar, 1995, cap. 6.

lamos antes, dé lugar al surgimiento de un equilibrio institucional estable y autosostenido.

Si este cambio de preferencias no se produce y asumimos que los actores carecen de actitudes altruistas, la única circunstancia que podría inducirlos a colaborar en el cumplimiento de reglas que limitan su acción autointeresada es que enfrenten la posibilidad de interactuar un número indefinido de veces como socios en relaciones comunes. Supongamos, por ejemplo, un partido A y uno B que puedan alternarse en el poder un número indefinido de veces. Aun cuando sus preferencias se mantengan idénticas y sus conflictos permanezcan, el evento de repetir el juego puede inducirlos a prever que los beneficios de la cooperación mutua en el largo plazo son superiores a los beneficios que brinda la no cooperación en el corto plazo. Podría ocurrir entonces que el partido A se abstenga de manipular instituciones en su propio beneficio en T0 sabiendo que esta conducta será retribuida por el partido B en T1.¹⁴ En otras palabras, la cooperación es inducida por los costos que genera la sanción del oponente ante un acto de no cooperación.

Con el tiempo, y de repetirse el mismo equilibrio, puede generarse un contrato implícito entre los actores que, al igual que la convención que resuelve el problema de coordinación, se mantiene en forma autosostenida por las expectativas mutuas que genera su observancia.¹⁵ El problema de esta solución, sin embargo, es que puesto que supone que las preferencias de los actores permanecen inalteradas, puede suceder que las soluciones cooperativas, aunque surjan, sean inestables. Podría ocurrir, por ejemplo, que ante una persistente distribución desigual de recursos o frente a un cambio en la relación de fuerzas, el actor más poderoso se vea tentado a imponer ventajas distributivas en su favor. Por este motivo, a la emergencia de actitudes cooperativas es preciso que se sume un cierto horizonte de incertidumbre acerca de quiénes serán los futuros ganadores y perdedores en el juego político y cómo se distribuirán los recursos entre los actores.

¹⁴ Esta estrategia, estudiada por Robert Axelrod, se llama TIT-FOR-TAT, pues consiste en que los jugadores implementan estrategias en T1 que repiten la opción del oponente en T0. Véase Robert Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, Nueva York, Basic Books, 1984. Estudios más complejos acerca de la posibilidad de resolución de problemas de cooperación en juegos que se repiten (o superjuegos) y que incluyen más de dos jugadores, pueden verse en Michel Taylor, *Anarchy and Cooperation*, Nueva York, Wiley, 1976, y Russell Hardin, *Collective Action*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1982.

¹⁵ Con el fin de distinguir las convenciones que resuelven problemas de coordinación de las que resuelven problemas de cooperación en juegos repetidos, Russel Hardin llama a estas últimas "contrato por convención", aludiendo a la idea de un contrato que no requiere reglas escritas ni autoridad que pueda forzar su cumplimiento. Véase Russell Hardin, *op. cit.*, caps. 10 y 11.

El efecto que tiene el factor incertidumbre en la creación y mantenimiento de instituciones que no generen ventajas distributivas permanentes entre los actores es un fenómeno frecuentemente señalado en estudios institucionales recientes. Cuando los actores enfrentan un cierto grado de incertidumbre acerca de cuáles serán sus relativas posiciones en el futuro y cómo se distribuirán los recursos entre los mismos, existe un poderoso incentivo para acordar la creación de instituciones eficientes e imparciales que imposibiliten la instrumentación de las reglas por un solo actor.¹⁶ Sin embargo, esta condición podría no existir cuando un actor o coalición de actores políticos dominen consistentemente al resto en términos de caudal electoral o control sobre diversas instituciones y esperen mantenerse en esa posición en el futuro. En esta circunstancia, lo más probable es que dichos actores resistan cualquier cambio institucional que afecte sus intereses inmediatos, o que si inician cambios de este tipo, tiendan a no cumplirse.¹⁷

Estos obstáculos reflejan en parte las dificultades que enfrentan muchas de las recientes democracias latinoamericanas para resolver los problemas de cooperación que impidieron en el pasado la coordinación de los actores políticos en la creación y mantenimiento de reglas constitucionales estables. A pesar de ser visible que en muchos casos los conflictos entre actores se han reducido, fruto de un pasado en el que la inestabilidad, las salidas extralegales y la violencia generaron costos importantes para todos, no han surgido aún compromisos estables y autosostenidos de cumplir con las reglas que conforman un esquema constitucional de gobierno. En particular, muchas de estas democra-

¹⁶ Este argumento es una derivación del famoso "velo de ignorancia" de John Rawls, según el cual la ignorancia de las partes acerca de sus futuras posiciones en la sociedad les provee de incentivos para establecer principios que protejan la posición de aquellos que resulten menos beneficiados. Así, apunta por ejemplo Przewroski, cuando los actores están inciertos acerca de cuál será la relación de fuerzas entre las partes, es posible que éstas acuerden, particularmente al momento de diseñar una constitución, instituciones que introduzcan balances y contrapesos y maximicen la influencia de las minorías. Véase Adam Przewroski, *Democracy and the Market*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, p. 87. Una explicación análoga acerca del efecto que tiene la incertidumbre en la creación de instituciones eficientes, puede verse en George Tsebelis, *op. cit.*, p. 117 y en Jack Knight, *op. cit.*, pp. 44-47.

¹⁷ En un estudio de cinco países latinoamericanos, Barbara Geddes ha observado que el intento de sustituir un sistema de patronazgo en la administración pública por un sistema meritocrático basado en concursos públicos, fue solamente iniciado y mantenido cuando el balance de fuerzas entre los partidos era relativamente parejo y estable en términos de acceso institucional y poder electoral. Esta observación tiene importancia para el objeto de nuestro estudio, pues la creación de una administración meritocrática tiene en común con un sistema judicial independiente el tratarse de instituciones que se busca proteger de la manipulación e interferencia permanente de los actores políticos. Véase Barbara Geddes, "A Game-Theoretic Model of Reform in Latin American Democracies", en *Politics and Rationality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, pp. 165-187.

cias han restaurado o reformado constituciones, a veces por medio de un acuerdo entre los actores y, sin embargo, las garantías que las mismas establecen para proteger la independencia del poder judicial contrastan con una realidad en que la administración de justicia se halla sujeta a la constante manipulación e interferencia del gobierno y de los intereses que éste favorece.

Como veremos en los casos de Argentina y Venezuela, para que al cambio incipiente de preferencias entre los actores se sume la emergencia gradual de soluciones cooperativas autosostenidas, se requiere el cumplimiento de varias condiciones. En primer lugar, el establecimiento de una regular alternancia en el poder entre partidos estables, que puedan intercambiar actitudes colaborativas en el cumplimiento de reglas y sancionar su violación. En segundo, el surgimiento de un balance relativamente parejo de fuerzas entre los actores, de modo que se consolide un horizonte de incertidumbre acerca de sus posiciones futuras y nadie se vea tentado de manipular las instituciones en su propio beneficio. Por último, pero fundamentalmente, que se genere entre la ciudadanía una demanda creciente de que se respeten las garantías constitucionales y se castigue su violación. Sin la presencia conjunta de estas condiciones es probable que, al igual que con otras garantías constitucionales, los costos de vulnerar la independencia del poder judicial continúen siendo menores que los beneficios que ello genera para el poder político en turno.

Antes de proceder al análisis de los casos, sin embargo, es preciso descender de los aspectos más generales que presenta el establecimiento de un mecanismo independiente de aplicación de reglas a los aspectos más concretos que involucra un ejercicio autónomo de la función judicial. En este sentido, una comprensión acabada del problema de la independencia del poder judicial en América Latina requiere determinar los distintos componentes de un poder judicial independiente. De ello nos ocuparemos en la próxima sección.

Definición y aspectos de la independencia judicial

Aun cuando la organización particular del poder judicial varía conforme al país de que se trate, existen ciertas funciones comunes que es posible generalizar, sobre todo tratándose de sistemas como los que queremos analizar en América Latina, que han insertado al poder judicial en un esquema de separación de poderes similar al de Estados Unidos.

Como primera instancia en el proceso adjudicatorio, los jueces se encargan de revisar las etapas iniciales de disputas que implican conflictos de interés y derechos, determinar los hechos del caso y actuar como árbitros e intérpretes de la ley. Como instancia de apelación, normalmente actuando en forma colegiada, los magistrados judiciales determinan si ha existido un error en la evaluación de los hechos o en la interpretación del derecho llevada a cabo en las instancias inferiores. Por último, los jueces en general, encabezados por una corte suprema que actúa como instancia de apelación máxima, tienen la capacidad de decidir sobre la constitucionalidad de las leyes y actos de la administración cuando ello es necesario para resolver un caso particular.¹⁸

En cada una de estas funciones, la independencia de los jueces es un rasgo estructural de su función. A diferencia de otros actores estatales, los jueces no son seleccionados por elección popular sino por procedimientos especiales que supuestamente deben tener en cuenta su capacidad técnica y entrenamiento en el derecho, tienen estabilidad en los empleos, sus remuneraciones no pueden ser disminuidas mientras dure su función y no pueden ser removidos de sus cargos sino por procedimientos especiales. Estas características convierten a los jueces en un grupo de actores especiales y privilegiados dentro de la organización estatal, que en principio ejercen su función en forma independiente tanto de las preferencias de los votantes y grupos de interés privados, como de las preferencias políticas o particulares de los funcionarios públicos, ejecutivos, legisladores o partidos políticos. La realidad, sin embargo, es más compleja que esta descripción y requiere una conceptualización más precisa de los distintos aspectos que implica la existencia de un sistema de cortes independientes.

La independencia judicial abarca dos aspectos distinguibles, aunque intrínsecamente vinculados. Por un lado, supone tanto la imparcialidad en los procesos de selección y nombramiento de jueces como la ausencia de interferencias, presiones o influencia de actores públicos o privados en las decisiones vinculantes que toman los jueces acerca de la aplicación del derecho. Esto es lo que llamaríamos el aspecto "negativo" de la independencia judicial. Por otro lado, la independencia de los jue-

¹⁸ Cabe aclarar, sin embargo, que algunos países latinoamericanos han adoptado recientemente en sus constituciones un sistema de control de constitucionalidad al estilo europeo, en que un tribunal constitucional, separado de la Corte Suprema (que permanece como instancia de apelación máxima en la esfera de jurisdicción ordinaria), concentra el control de constitucionalidad de los actos estatales y tiene capacidad para anular leyes con efecto general, es decir, más allá del caso concreto. Tal es el caso de la constitución colombiana de 1991 (arts. 239-245) y de la constitución peruana de 1993 (arts. 201-205).

ces implica otro aspecto al que llamamos “positivo”, por cuanto se refiere al grado de apoyo institucional que reciben los jueces por parte de las distintas ramas del poder y de las agencias estatales que deben colaborar en el ejercicio de su función. En este sentido, sin un ministerio público dotado de la autoridad y la autonomía para ejercer la acción pública y garantizar el cumplimiento de las leyes, sin un cuerpo policial que colabore con los jueces y los fiscales en la colección de evidencia, o sin un presupuesto e infraestructura adecuada, es impensable un ejercicio independiente de la administración de justicia.

Sin embargo existe una razón teórica, corroborada normalmente en la práctica, para dar cierta prioridad al aspecto negativo de la independencia judicial. Si la independencia judicial depende fundamentalmente, como lo señalamos en la primera sección de este trabajo, del compromiso de los actores políticos de respetar las garantías expresas que la protegen, es de esperarse que de no cumplirse esta condición, difícilmente se generen esquemas de comportamiento o mecanismos institucionales que tiendan a fortalecer en forma positiva la autonomía de los jueces.

Desde un punto de vista negativo, el primer aspecto a considerar es la existencia de procesos imparciales en la selección de jueces. Esto implica el establecimiento de concursos públicos, a cargo de tribunales examinadores en los que normalmente se integran miembros del mismo poder judicial, que verifiquen los antecedentes y capacitación de los candidatos.¹⁹ En varios países de América Latina se ha establecido recientemente este tipo de procedimiento de selección, en general para jueces de instancias inferiores a los de la suprema corte. Sin embargo, su instrumentación efectiva ha sido dudosa por las incertidumbres de composición y politización de las actividades de los cuerpos encargados de llevarlas a cabo y de hacer propuestas de nombramiento a los órganos políticos. Estos cuerpos, llamados usualmente Consejos de la Magistratura o Judicatura (en relación con los modelos europeos que les dieron origen) se ven sujetos hoy en día a la misma presión y manipulación que antes se ejercía directamente sobre la selección de jueces.²⁰

¹⁹ Una garantía que refuerza la existencia de concursos públicos es la creación de escuelas judiciales de capacitación que actúan como primer filtro en la selección de candidatos. Véase, sobre este tema, Néstor Sagués, *Reforma judicial. Los procedimientos de designación de magistrados y la escuela judicial en el derecho argentino y comparado*, Buenos Aires, Astrea, 1978.

²⁰ Algunos de los países que han adoptado estos consejos son Venezuela, Colombia, Perú, Paraguay, Bolivia, México y Argentina. Sobre las reformas constitucionales recientes que han establecido Consejos de la Magistratura, así como sobre la parcial solución que éstos ofrecen al problema de la manipulación de los nombramientos judiciales por parte del poder político, véase Roberto

En lo que hace al nombramiento de jueces, éste se lleva a cabo generalmente por medio de los órganos políticos. Así, por ejemplo, los sistemas que aún siguen el modelo americano establecen que los nombramientos los realiza el presidente con acuerdo del Senado. Esto refiere a un matiz que conviene aclarar respecto de la independencia de los jueces. Lo mismo desde el punto de vista del sistema de "frenos y contrapesos", que de los principios democráticos, es deseable que exista entre el poder judicial y los órganos de representación popular un sistema de controles mutuos, particularmente si los jueces se reservan la capacidad de invalidar actos estatales contrarios a la constitución.²¹ Algunos de estos controles son, por ejemplo, la intervención de los órganos políticos en la selección de jueces o la capacidad de las legislaturas para ampliar la composición de la corte suprema o alterar su jurisdicción. Una aplicación adecuada de dichos controles puede asegurar tanto la posible resolución de conflictos institucionales entre el poder judicial y las ramas políticas como que los jueces no adopten actitudes recalcitrantes en contra de las preferencias de la mayoría.

El problema se presenta, sin embargo, cuando la facultad de realizar nombramientos, al igual que otros mecanismos de control, se utiliza en la práctica para asegurar jueces y decisiones judiciales en sintonía con las preferencias del poder ejecutivo o los intereses del partido de gobierno. En Estados Unidos, por ejemplo, si bien cada gobierno intenta llenar vacantes en la corte suprema con jueces que en líneas generales favorezcan la postura liberal o conservadora del mismo, el extenso examen que se realiza en el Senado acerca de la idoneidad personal, académica y profesional del candidato, impide al ejecutivo postular aliados incondicionales para esos puestos.

En América Latina, en cambio, la ideología, la afiliación partidaria del candidato, o el intercambio de favores políticos, son en numerosas ocasiones los criterios más importantes que se tienen en cuenta al momento de realizar un nombramiento. Parte del problema consiste en la falta de publicidad que han tenido en general los nombramientos de jueces, impidiéndose así el acceso a información por parte de la prensa y

Gargarella, "Recientes reformas constitucionales en América Latina: una primera aproximación", manuscrito sin publicar en archivo de los autores.

²¹ Como señala Owen Fiss, desde el punto de vista de un régimen democrático, el problema no es tanto obtener independencia judicial a secas, sino un "óptimo" grado de independencia que asegure que los jueces no permanezcan completamente aislados del proceso político. Véase Owen Fiss, "The Right Degree of Judicial Independence", en *Transitions to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary*, Boulder, Westview Press, 1993, p. 56.

la ciudadanía. En este sentido, es importante que se demande constitucionalmente la publicidad de los nombramientos, como lo hace la constitución argentina de 1994. El efecto de esta medida, sin embargo, dependerá de que surja un público interesado en estos procesos.

Aun cuando la selección de jueces sea imparcial y sus nombramientos no se presten a una ostensible manipulación política, la independencia del poder judicial puede ser vulnerada por formas más insidiosas, por ser menos visibles, de intervención. En efecto, a pesar de que la selección y nombramiento de jueces no presente en ningún momento objeciones de parcialidad, es perfectamente posible que los mismos se hallen sujetos a diversas formas de presión e influencia para decidir una causa en cierto sentido, para dilatarla o archivarla, o bien que, como último recurso, no se respete la autonomía misma de los jueces para decidir sobre un proceso.

Así, por ejemplo, los actos de influencia y presión sobre los jueces que se observan con frecuencia en América Latina, van desde las amenazas directas, a intentos de soborno, pasando por declaraciones o campañas de funcionarios públicos en el sentido de manifestar su opinión en favor o en contra de cierto resultado.²² En otros casos, de particular importancia para la política o intereses del gobierno, se verifican formas de intervención más directa que restringen la capacidad decisoria de los jueces, como lo son indultos del ejecutivo en casos pendientes²³ y leyes o decretos que revierten decisiones judiciales o limitan la prosecución de ciertos casos ante la justicia.²⁴ Desafortunadamente, no existen mecanismos institucionales efectivos, más allá de la propia autorrestricción de los actores políticos, que eviten estas formas de intervención en la tarea de la justicia.

En cuanto a lo que hemos llamado el aspecto "positivo" de la independencia judicial, es preciso comenzar considerando la necesidad que

²² Un caso interesante de citar en este último sentido fue la campaña pública que el mismo gobierno venezolano llevó a cabo en 1992 contra los estudiantes y trabajadores detenidos en la Universidad Central de Venezuela, mientras estaba en curso el procedimiento judicial que éstos habían iniciado contra el gobierno.

²³ Dos ejemplos de estas medidas son los indultos concedidos por Carlos Andrés Pérez en 1992 y en 1993 en casos de tráfico de drogas y corrupción, o los indultos otorgados por Menem en 1990 a oficiales militares acusados de violaciones a los derechos humanos y crímenes de guerra.

²⁴ Ejemplos de estas medidas en Argentina han sido, por ejemplo, el decreto de necesidad y urgencia emitido por Alfonsín en 1986, en el que se suspendieron los juicios provisionales contra el Estado y la ley de convertibilidad, sancionada durante el gobierno de Menem y en que se determina que ninguna persona puede alegar contra sus disposiciones derechos irrevocablemente adquiridos. Véase Catalina Smulovitz, "El poder judicial en la nueva democracia argentina. El trabajo parto de un actor", en *Ágora*, núm. 2, verano de 1995, p. 97.

tienen los jueces de coordinar y obtener apoyo efectivo de parte de ciertas instituciones y agencias del Estado que hacen posible el cumplimiento de la función judicial. La principal de estas agencias es el Ministerio Público, normalmente integrado por un procurador general y fiscales delegados en diversas instancias. Este organismo desempeña un papel fundamental respecto del funcionamiento de la justicia, puesto que es el encargado de ejercer la acción pública en la prosecución de delitos, posee facultades de investigación, debe velar por la recta administración de justicia y tiene por función general tutelar la legalidad y el orden público, inclusive contra actos ilegítimos que provengan de autoridades estatales.

Un paso esencial para hacer posible estas funciones es romper cualquier tipo de influencia que pueda tener el poder ejecutivo sobre los fiscales. Sin embargo en las normas, así como en la práctica de muchos sistemas latinoamericanos, no se ha garantizado al Ministerio Público esta forma mínima de independencia, creando así una situación en la cual los fiscales se hallan fácilmente sujetos a presiones para evitar que ciertos casos lleguen a la justicia o que los jueces accedan a toda la evidencia necesaria para juzgar sobre los mismos. Una medida para corregir este problema, que parece estar ganando adhesiones en varios países de América Latina, como Colombia, Venezuela, Perú, y recientemente Argentina, consiste en hacer del Ministerio Público un órgano "extra-poder", vale decir, separado no sólo del poder ejecutivo y legislativo, sino también del judicial. Sin embargo, como veremos en los casos de Argentina y Venezuela, estas reformas no cobran efectividad si no se establecen mecanismos imparciales de selección y nombramiento de fiscales y capacidades concretas de funcionamiento.

La capacidad de la justicia para actuar se ve aún más agravada cuando a la falta de autonomía del Ministerio Público se agrega además la inexistencia de controles efectivos sobre la actividad de la principal agencia administrativa encargada de la prevención del delito y del mantenimiento del orden público, como lo es la policía. En muchos países de América Latina los cuerpos policiales, que a menudo conservan estructuras organizacionales, normas y formas de entrenamiento provenientes de periodos autoritarios, tienen importantes facultades en las primeras etapas de investigación de delitos, como lo es la recolección de evidencia. Sin embargo, mucha de esa evidencia no llega a los estrados judiciales por falta de controles adecuados. Una forma de solucionar esto es que exista una fiscalía capaz de controlar los procedimientos policiales o bien que se creen cuerpos especiales dentro de la

policía que estén bajo la directa supervisión de los jueces. En este sentido, la creación de la "policía judicial" ha sido realizada con éxito en Europa, como lo hicieron por ejemplo la constitución española y la italiana. Estas reformas, no obstante, carecen de arraigo en América Latina donde, irónicamente, muchos cuerpos policiales que llevan ese nombre se hallan bajo la dirección del ejecutivo.²⁵

Queda por último mencionar un problema que aunque sólo se relaciona indirectamente con la independencia del poder judicial, reviste importancia respecto a las capacidades efectivas de la justicia y el apoyo del Estado a su función. Nos referimos a la situación presupuestaria del aparato judicial, que impide muchas veces obtener los recursos mínimos para funcionar eficientemente y crea estructuras permeables a la corrupción. Varios países de América Latina proveen al poder judicial con un porcentaje del presupuesto menor al 2%, muy por debajo del 6% que se garantiza en diversos países del mundo desarrollado. En este sentido, únicamente en algunos países, como Costa Rica y Honduras, se ha garantizado un porcentaje fijo anual relativamente adecuado.²⁶

Los casos de Argentina y Venezuela

La situación del poder judicial en América Latina no es homogénea. En cada país en particular, las necesidades estructurales, los problemas de capacitación y eficiencia e incluso la actuación del poder judicial varían de acuerdo con la trayectoria política e institucional del mismo. Sin embargo, en lo que hace a la independencia del poder judicial, sólo con notables excepciones como las de Chile y Uruguay —que son los países de América Latina que gozaron de mayor estabilidad constitucional y democrática antes de los años setenta—, existe una esfera de problemas compartidos. Una gran mayoría de los sistemas judiciales latinoamericanos, aun después del restablecimiento de una democracia constitucional, se ven sujetos a una constante interferencia y presión del gobierno, particularmente del ejecutivo, con el fin de lograr decisiones que no afecten sus intereses inmediatos.

²⁵ Así sucede en Venezuela, por ejemplo, con el Cuerpo Técnico de la Policía Judicial, cuya actuación se encuentra bajo la órbita del Ministerio de Justicia.

²⁶ En Costa Rica ese porcentaje es de 6%, en tanto que en Honduras es de 3%. Perú, Guatemala y Panamá garantizan sólo 2%. Véanse Keith Rosenn, "The Protection of Judicial Independence in Latin America", *Inter-American Law Review*, vol. 19, núm. 1, 1987, pp. 16-17, y Nestor Sagués, "Reforma constitucional (II): el poder judicial", en *Reforma constitucional: segundo dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia*, Buenos Aires, Eudeba, 1987, p. 170.

Esta situación, que bien podría explicarse desde el punto de vista institucional por la hegemonía que tiene el poder presidencial en América Latina, o bien desde una perspectiva más coyuntural, por la constante presencia de crisis políticas y económicas a cuya resolución se subordina el funcionamiento normal de las instituciones, no es sino el subproducto de un problema más profundo, como lo es la falta de resolución de los problemas de cooperación que impiden un compromiso estable de los actores políticos con la observancia de normas constitucionales y con el mantenimiento de instituciones que proveen de beneficios colectivos.

Los casos de Argentina y Venezuela presentan precisamente puntos interesantes de comparación, tanto por las diferencias que existen entre ambos desde el punto de vista de la consolidación de instituciones, como por los similares obstáculos que estos países han enfrentado en relación con la independencia del poder judicial. Por un lado, en tanto que Argentina desde los años treinta ofrece un claro patrón de faccionalismo e inestabilidad política que solamente se interrumpe en la década pasada, Venezuela inició a fines de los años cincuenta un régimen democrático consensuado que hasta hace poco pasó por ser uno de los más estables de América Latina. Por otro lado, y a pesar de estas diferencias, ambos países han puesto en práctica —Venezuela en los años sesenta y Argentina recientemente— reformas constitucionales por medio de las cuales se han creado procedimientos y organismos tendientes a asegurar la independencia del poder judicial. La aplicación de estas reformas se ha visto afectada por la falta de compromiso de los actores, particularmente de aquellos con más recursos, para cumplirlas.

Argentina

La Constitución argentina de 1853 creó una república federal fundada en el modelo americano que separa los poderes del gobierno central entre un presidente, un poder judicial encabezado por una corte suprema, y un congreso bicameral. De acuerdo con el principio de controles mutuos, se facultó al presidente para nombrar a los jueces de la Corte Suprema y tribunales inferiores con acuerdo del Senado. El Congreso, por su parte, retuvo la facultad de organizar el poder judicial federal en aspectos como la extensión de la jurisdicción de las cortes y la determinación del número de miembros de la Corte Suprema. Esta organización se dio entre 1862 y 1863, al mismo tiempo en que se otorgó a los jueces el

poder de controlar la constitucionalidad de todos los actos de los poderes ejecutivo y legislativo. Entre las garantías de independencia de los jueces quedó establecida la estabilidad de remuneraciones y empleos, de los que no pueden ser removidos sino por medio de juicio político en casos excepcionales de mal desempeño o delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones.

Desde 1862, cuando se organizó la república luego de ser aceptada la constitución federal en todo el país, hasta 1930, en que se produjo el primer colapso institucional en el país, el poder judicial nacional gozó de un importante grado de independencia respecto del poder político. Esto se puede inducir por ciertas sentencias así como por la calidad de los nombramientos en la Corte Suprema, que incluyó figuras de indudable prestigio académico e inclusive miembros de la oposición. Las decisiones judiciales eran normalmente respetadas y no se utilizaba el juicio político u otros elementos de presión para prevenir decisiones que afectaran los intereses del gobierno.²⁷ Esta independencia no casualmente coincidió con la estabilidad general del sistema político y constitucional, que sobrevivió incluso —aunque por breve tiempo— la transición de una oligarquía competitiva a una democracia de masas en 1916.

Esa estabilidad finalmente se perdió en 1930 por un golpe militar de cuño conservador que, entre otros actos de represalia contra el gobierno democrático anterior, afectó la permanencia de los miembros de tribunales inferiores con la obvia intención de generar decisiones judiciales acordes a la nueva política en curso.²⁸ Aunque sin alterar la composición de la Corte Suprema (que de todos modos reconoció autoridad al gobierno militar), esta actitud generó un precedente que luego se repitió en 1943, cuando un golpe militar nacionalista decidió purgar los tribunales inferiores de jueces vinculados con el previo periodo conservador.

La violación más profunda a la independencia del poder judicial, sin embargo, fue iniciada a partir de un gobierno democráticamente elegido. En 1947, el gobierno de Juan Perón removió por juicio político a cuatro de los cinco miembros de la Corte Suprema con la intención de crear una

²⁷ Para un análisis de las distintas etapas formativas del poder judicial a través de la evolución de la Corte Suprema, véase Julio Oyanharte, "Historia del poder judicial", en *Todo es Historia*, núm. 61, 1972. Sin embargo, cabe subrayar que este autor, a pesar de señalar el prestigio creciente adquirido por la Corte Suprema hacia fines del siglo XIX, tiende a destacar el acomodamiento de la misma a la situación política imperante.

²⁸ Como señala Catalina Smulovitz, la violación de la estabilidad de jueces de tribunales inferiores iniciada en 1930 asumió distintas formas, como destituciones, declaraciones en comisión a jueces, intervenciones federales a los poderes judiciales de provincia o bien el establecimiento de regímenes jubilatorios especiales. Véase Catalina Smulovitz, art. cit., p. 90.

corte adicta a su política.²⁹ Más tarde, al sancionarse una nueva constitución en 1949, impuesta por el gobierno en un procedimiento irregular que no contó con el acuerdo de la oposición, una de sus cláusulas transitorias obligó a todos los jueces de la nación a contar con un nuevo acuerdo del Senado para continuar en sus cargos.³⁰ Esta actitud fue correspondida al ser derrocado Perón en 1955 por un nuevo golpe militar. Desde esa fecha, a cada nueva sucesión de autoridades, sean éstas de facto o constitucionales, se produjo una recomposición más o menos profunda del poder judicial, desde la Corte Suprema hasta jueces de primera instancia.³¹ Como es de esperarse, esta dinámica terminó afectando cada vez más las propias decisiones judiciales, y creó una justicia más comprometida con el gobierno en turno, particularmente con las directivas del ejecutivo, que con la defensa del Estado de Derecho.³²

Como puede verse, a partir de 1930, la falta de compromiso de los actores políticos en cuanto a la independencia del poder judicial pasó a ser sólo un aspecto de un desacuerdo más profundo acerca de las reglas del juego político. En tanto que las preferencias institucionales de cada actor se hallaban en radical oposición, no existía incentivo alguno para respetar un mecanismo independiente de aplicación de reglas. Este patrón de comportamiento, por otra parte, se veía reforzado ante la actitud de una ciudadanía en parte apática, en parte dividida, respecto del valor de defender los mecanismos constitucionales de gobierno. De esta manera, cada nueva coalición en el poder modificaba las reglas del juego político y generaba apoyo entre aquellos sectores de la población que salían beneficiados con el cambio. La ruptura con este esquema de com-

²⁹ El miembro restante permaneció en el cargo dada su conocida adhesión al nuevo régimen.

³⁰ Véase Félix Luna, *Perón y su tiempo*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1984, vol. I, pp. 355-356.

³¹ El gobierno constitucional de Arturo Frondizi amplió de cinco a nueve los miembros de la Corte Suprema en 1959, en tanto que las dictaduras militares de 1966 y 1976, al igual que en 1955, incluyeron la remoción total de los miembros de la corte. La única excepción a esta tendencia fue el gobierno constitucional de Illia, quien al asumir el poder en 1963 mantuvo la composición de la corte anterior. Para un análisis de la situación de la Corte Suprema desde 1930, véase Eduardo Oteiza, *La Corte Suprema: entre la justicia sin política y la política sin justicia*, La Plata, Editora Platense, 1994, pp. 47-121.

³² Esta actitud del poder judicial puede verse fundamentalmente a través de la extensión gradual que dio la corte desde 1947 al reconocimiento de la legalidad de la legislación emanada de gobiernos militares así como de la amplitud con que se aplicó la llamada doctrina de las "cuestiones políticas", por medio de la cual la corte se abstuvo de intervenir en numerosos casos —particularmente situaciones de emergencia— en que actos del ejecutivo afectaban la protección de derechos individuales o la separación de poderes entre el presidente y el congreso. Véanse Gabriel Negretto, "Un criterio muy particular: la doctrina de facto de la Corte Suprema de Justicia", en *El Derecho*, 1993, vol. 144, pp. 833-842, y *El problema de la emergencia en el sistema constitucional*, Buenos Aires, Rodolfo Depalma, 1994.

portamiento no se produjo sino hasta el inicio de la transición a la democracia, en 1983.

A pesar de la subsistencia de desacuerdos acerca del orden constitucional definitivo, la constitución histórica de 1853 fue restaurada con el consentimiento de todos los partidos, y a la elección del candidato electo por el partido radical, Raúl Alfonsín, siguió un periodo de estabilidad institucional que contrasta con las décadas anteriores. Durante su gobierno, no obstante las varias y sucesivas crisis políticas y económicas que debió enfrentar, se logró mantener el orden constitucional y los derechos individuales fueron protegidos. En lo que se refiere al poder judicial, con excepción del frustrado intento de ampliar la composición de la corte y cambiar su jurisdicción en 1987, puede decirse que el mismo mantuvo un importante grado de independencia y recuperó parte del prestigio perdido.³³ La sucesión de Alfonsín por Menem, el candidato electo por el partido justicialista en 1989, significó también un decisivo cambio en el escenario político. Ésta fue la primera vez, desde 1922, en que un presidente democráticamente electo sucedía a otro de distinto partido. A partir de la presidencia de Menem, sin embargo, la posibilidad de sostener soluciones colaborativas en el mantenimiento de las instituciones sufrió un nuevo retroceso.

Con una grave situación inflacionaria y crisis fiscal como escenario de fondo, Menem logró ampliar en 1990 la composición de los miembros de la Corte Suprema de cinco a nueve, con el fin de lograr una mayoría adicta que no pusiera en peligro las medidas de estabilización y reforma económica que planeaba el gobierno. Esta estrategia fue asimismo acompañada de la remoción o renuncia forzada de distintos funcionarios que colaboraban con la administración de justicia, como el procurador general de la nación, el procurador del Tesoro, el fiscal nacional de Investigaciones Administrativas, y el inspector general de Justicia.³⁴ Por otra parte, la existencia de una mayoría del partido gobernante en el Senado, sumada a la falta de publicidad de los procesos, facilitó la manipulación en los nombramientos de jueces de diversas instancias. Inicialmente, al menos, este proceder contó con la denuncia de la oposición pero no dañó significativamente el apoyo popular al go-

³³ En 1987 Alfonsín envió al Congreso un proyecto de ley por el cual se ampliaba la composición de la corte y se modificaba su jurisdicción, a fin de garantizar la terminación de los procesos iniciados contra oficiales militares acusados de violaciones a los derechos humanos. Para un análisis de este suceso, véase Horacio Verbitsky, *Hacer la Corte*, Buenos Aires, Planeta, 1993.

³⁴ Sobre los procesos que llevaron a la remoción o renuncia de estos funcionarios, véase Horacio Verbitsky, *Robo para la Corona*, Buenos Aires, Planeta, 1991.

bierno, quien gracias al éxito de su gestión económica triunfó ampliamente en las elecciones de renovación legislativa de 1991 y 1993.

Fue en 1994, con motivo de la reforma de la constitución de 1853, que surgió la posibilidad de detener este proceso. A pesar de que la reforma fue impulsada por los deseos de Menem de quitar la cláusula constitucional que proscribía la reelección inmediata, se logró finalmente un acuerdo entre el gobierno y el principal partido de oposición, el radical, que luego fue legitimado por los restantes partidos representados en la convención. A diferencia de procesos constituyentes anteriores, como el de 1949, esta vez se logró cambiar las reglas constitucionales por medio de una serie de compromisos en que ninguna de las partes logró imponer unilateralmente sus preferencias institucionales.³⁵ Junto con la atenuación de los poderes presidenciales (mediante la creación de un jefe de gabinete con responsabilidad parlamentaria) y el fortalecimiento del poder legislativo, el partido radical obtuvo, como condición para aceptar la reelección del presidente, una serie de medidas que tendían a asegurar una mayor independencia del poder judicial.

Una de estas medidas ha sido el cambio en el procedimiento de selección y nombramiento de jueces. A partir de la reforma, los miembros de tribunales inferiores de la nación serán seleccionados por medio de concursos públicos llevados a cabo por un Consejo de la Magistratura. Éste hace propuestas vinculantes al ejecutivo, que por su parte sólo puede nombrar jueces contando con la aprobación del Senado en sesión pública.³⁶ El Consejo de la Magistratura estará integrado por representantes de los órganos políticos de elección popular, jueces, abogados y representantes del ámbito académico y científico. La proporción y forma de estos nombramientos deben ser determinadas por una ley especial que requiere mayoría absoluta para su aprobación. En cuanto al nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema, se requiere que el nombramiento del ejecutivo cuente con el voto de las dos terceras partes del Senado, para lo que se convoca a una sesión pública. Por otra parte, con el fin de eliminar las complicaciones y la posible parcialidad del procedimiento de juicio político, se crea un órgano independien-

³⁵ Sobre la dinámica que precedió al pacto entre Alfonsín y Menem para la reforma constitucional véase Carlos Acuña, "Algunas notas sobre los juegos, las gallinas y la lógica de los pactos constitucionales", en *La nueva matriz política argentina*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1995.

³⁶ Además de la selección de jueces y de las propuestas de nombramiento que éste hace al ejecutivo, se ha encargado asimismo al Consejo de la Magistratura administrar los recursos asignados al poder judicial, dictar reglamentos relacionados con la organización judicial, ejercer facultades disciplinarias sobre los magistrados y decidir la apertura de procesos para su remoción (art. 114). Antes, estas facultades estaban asignadas a la Corte Suprema de Justicia.

te (el jurado de enjuiciamiento) compuesto por legisladores, jueces y abogados encargados de remover magistrados inferiores acusados de mal desempeño. Finalmente, se confiere al procurador general y a los fiscales integrantes del ministerio público autonomía funcional y financiera, para terminar con la dependencia que el mismo había tenido respecto del poder ejecutivo.

Estas reformas son significativas, en particular en lo relacionado a la transparencia y publicidad de nombramientos. Sin embargo, la ambigüedad o falta de definición de aspectos cruciales de algunas de ellas, por falta de acuerdo en las negociaciones que condujeron a la reforma, pone en tela de juicio su posible cumplimiento. Algunos de estos aspectos son, por ejemplo, el mecanismo preciso que tendrá el nombramiento de los miembros del Consejo de la Magistratura y el peso que tendrán el ejecutivo y el partido de gobierno en la proporción de representantes nombrados ante el mismo. La misma indefinición se repite respecto de la determinación de la forma de nombramiento de los fiscales y las garantías que se otorgarán para proteger su independencia.³⁷

Desde la reelección de Menem en 1995, la aplicación de estas reformas se encuentra paralizada por los conflictos a que están sujetas estas definiciones. A título de ejemplo, actualmente la ley propuesta por el ejecutivo para organizar el Consejo de la Magistratura ha sido rechazada por la oposición puesto que, de ser aprobada, garantizaría que casi la mitad de los integrantes de este cuerpo quedarían bajo el control del partido del gobierno.³⁸ Si bien la nueva constitución requiere una mayoría absoluta para la aprobación de esta ley con el fin de impedir que ésta se imponga sin acuerdo de las minorías, la actitud del poder ejecutivo revela claramente la falta de compromiso para cumplir con el sentido de las normas vigentes.

Esto se explica por el desigual balance de fuerzas que existe en este momento entre el gobierno y la oposición, así como por la ausencia de una alternancia previsible en el poder. En tanto que luego de la reelección de Menem la oposición se encuentra crecientemente desarticulada para ofrecer una alternativa viable al actual gobierno, el partido justicialista, con control sobre el Congreso, carece lógicamente de incentivos para reducir su nivel de influencia política sobre el poder ju-

³⁷ La propuesta del Partido Radical —la cual no fue aceptada— incluía originalmente la realización de concursos públicos para seleccionar a los fiscales, así como la garantía de estabilidad en sus empleos.

³⁸ Véase *Página 12*, 2 de junio de 1996.

dicial. Cuán valioso resulta para el gobierno mantener esta influencia puede inferirse ya no tanto de la necesidad de impedir que se frustre la reforma económica en curso, que en gran parte ha sido implementada, sino de las numerosas y constantes denuncias de corrupción que afectan a sus miembros.

De esta manera, si bien un acuerdo histórico entre partidos ha hecho posible un cambio consensuado de reglas constitucionales que abre camino a la posibilidad de coordinar el mantenimiento de instituciones mutuamente beneficiosas, como lo es un sistema independiente de cortes, el dominio del partido gobernante en términos electorales y la falta de una alternancia previsible en el poder crea obstáculos para el cumplimiento de dichas reglas. Las posibilidades futuras de cambio institucional, sin embargo, dependerán no sólo de la continuada alternancia en el poder y de un balance más equitativo de fuerzas entre los actores políticos, sino de la actitud que adopte la ciudadanía misma en defensa de las instituciones. En este sentido, es promisorio el hecho de que en la Argentina, tanto entre la opinión ciudadana como entre los agentes económicos, se esté manifestando una demanda creciente de seguridad legal y previsibilidad de la acción estatal para la protección de derechos.³⁹ Mientras se incrementen los costos políticos de la intervención del gobierno en la justicia, es probable que también aumenten los incentivos para cumplir con las normas que garantizan su independencia.

Venezuela

En contraste con la situación de la Argentina hasta las primeras décadas de este siglo, Venezuela careció prácticamente de una estructura constitucional que sirviera como esquema estable de interacción política hasta la constitución de 1961.⁴⁰ Esto explica el que con anterioridad a esa fecha no pueda hablarse en sentido estricto de la existencia de un poder judicial definitivamente organizado. Parte de este proceso se debió a las dificultades que tuvo en este país la consolidación institucional de un Estado con autoridad en todo el territorio. Desde su independencia de la Gran Colombia, en 1830, hasta fines del siglo XIX, la historia política de Venezuela consiste en una permanente lucha entre caudillos por

³⁹ Véase Catalina Smulovitz, art. cit., p. 100.

⁴⁰ Desde 1811 hasta 1961, Venezuela tuvo 24 constituciones. Véase Keith Rossenn, "The Success of Constitutionalism in the United States and its Failure in Latin America: An Explanation", *Interamerican Law Review*, núm. 22, 1990, pp. 20-39.

aflanjar el poder del gobierno central. Parte de esta lucha fue crear una estructura judicial federal y una suprema corte con capacidad para revisar en última instancia la constitucionalidad de todos los actos estatales.

A pesar de que la autoridad del gobierno central se hallaba prácticamente consolidada a comienzos de siglo, no fue sino hasta la década de los años cuarenta, con el surgimiento de los primeros partidos orgánicos en el ámbito nacional, que se intentó dar una organización definitiva al poder judicial federal. Luego del golpe militar que en 1945 llevó al partido Alianza Democrática (AD) al poder, con el fin de terminar con la excesiva descentralización del poder judicial, se reservó al gobierno federal competencia exclusiva para determinar la organización judicial en todo el territorio, se unificó en una Corte Suprema de Justicia la Alta Corte Federal y la Corte de Casación, y se sancionó una ley orgánica del poder judicial. Como parte de este proceso centralizador, se creó en 1950 un Ministerio de Justicia autorizado para designar jueces en todo el territorio.

Esta experiencia, que permitió al partido gobernante un poderoso control sobre el nombramiento de jueces y la administración de justicia en todo el país, culminó con el golpe militar de 1948. Fundado en una alianza conservadora entre sectores del ejército, la Iglesia y terratenientes, el nuevo gobierno inició una revisión de la política populista de AD que abarcó la recomposición total del aparato judicial.

La debilidad e inestabilidad institucional del desarrollo político venezolano, como es sabido, varió en 1958, con el inicio de la transición democrática.⁴¹ Mediante el llamado Pacto de Punto Fijo, la élite política venezolana, representada principalmente por los líderes del partido Acción Democrática, de centro-izquierda, y por COPEI, de centro-derecha, decidió llevar a cabo una transición consensuada que, al menos hasta mediados de los años ochenta, probó ser sorprendentemente exitosa en términos de una alternancia pacífica en el poder.⁴² Como fruto del compromiso partidario, en 1961 se sancionó una constitución que estableció una estructura de poder presidencial fundada en la separación y balance de poderes entre el ejecutivo, un congreso bicameral y un poder judicial independiente.⁴³ Este último, encabezado por una corte

⁴¹ Para un análisis detallado del proceso de transición en Venezuela, véase Judith Ewell, *Venezuela: A Century of Change*, Stanford, Stanford University Press, 1984.

⁴² Cabe notar que el pacto que inició la transición contaba con la presencia de un tercer partido, la Unión Republicana Democrática, de centro-izquierda, que luego perdió protagonismo político al dividirse en 1964.

⁴³ Sobre el proceso de negociación de la constitución de 1961, véase el ensayo de Gustavo Plan-

suprema, recibió finalmente autoridad para resolver sobre la constitucionalidad de actos legislativos o ejecutivos del gobierno central y de los gobiernos estatales.

De acuerdo con la nueva constitución, los miembros de la Corte Suprema serían designados por ambas cámaras del Congreso, por periodos de nueve años, con renovación por tercios cada tres. Se dispuso asimismo la creación de un Consejo de la Judicatura con el objeto de garantizar imparcialidad en el procedimiento de selección de jueces y hacerse cargo de las facultades disciplinarias dentro del poder judicial. La composición de este cuerpo se derivó de una ley orgánica cuyo fin era asegurar la representación de todas las ramas del poder público. Finalmente, se creó un Ministerio Público con autonomía respecto de los otros poderes, compuesto por un fiscal general y fiscales dependientes nombrados por el Congreso.

A pesar del aparente éxito que tuvo la constitución negociada de 1961, en un contexto histórico marcado por la falta de cooperación entre actores políticos estables, la misma no dio como fruto un cumplimiento autosostenido de sus normas. Esto se explica si tenemos en cuenta que el objetivo central del pacto político que la precedió y la hizo posible, no se fundaba tanto en un acuerdo sobre la observancia de reglas y procedimientos imparciales por parte de los actores como en una distribución predeterminada de recursos institucionales con base en el balance de fuerzas relativo entre los mismos.⁴⁴

Particularmente para AD, que era entonces, y en el futuro previsible, el actor más poderoso, no había incentivos para arriesgar su esfera de control institucional delegando a un sistema de cortes independientes la resolución de conflictos que afectaran la división de poderes, el proceso electoral o la política económica. Prueba de ello es el carácter estrictamente partidario que comenzaron a tener las de-

chard Manrique, en Robert A. Goldwin y Art Kaufman, *Constitution-Makers on Constitution-Making: The Experience of Eight Nations*, Washington, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1988, cap. 8, pp. 353-396.

⁴⁴ Como bien apunta Adam Przeworski, es preciso distinguir "pactos institucionales" de "pactos sustantivos" entre las élites políticas. Mientras los primeros establecen las reglas del juego y luego dejan lo relativo a la distribución de recursos políticos sujeto a la incertidumbre de la competencia electoral y el funcionamiento independiente de las instituciones, los segundos intentan asegurar ciertos resultados entre los actores por medio de restricciones a la competencia electoral y al funcionamiento institucional. Así, por ejemplo, un pacto sustantivo busca asegurar entre los participantes resultados tales como la división de puestos en el gobierno independientemente de los resultados electorales, fijar ciertas políticas básicas que no pueden ser cambiadas esté quien esté en el poder y, fundamentalmente, excluir permanentemente a otros actores del escenario político. El pacto venezolano de Punto Fijo es un ejemplo paradigmático de este tipo de pactos. Véase Adam Przeworski, *op. cit.*, p. 90.

signaciones de jueces en todas las esferas, comenzando, por supuesto, por la Corte Suprema, cuyo mecanismo de nombramientos aseguraba ese resultado. Algo similar ocurrió con el Ministerio Público, que a pesar de su supuesta autonomía, su nombramiento y actuación estuvieron sujetos a constantes presiones partidarias. El caso más interesante de análisis, sin embargo, es la suerte que corrió la creación del Consejo de la Judicatura, puesto que revela una dinámica que tiene paralelos interesantes con la situación actual de este órgano en la Argentina.

En tanto AD se mantuvo en el poder durante los dos primeros periodos constitucionales que siguieron al inicio de la transición, y tuvo mayoría parlamentaria, la creación del Consejo de la Judicatura se convirtió en letra muerta. Los nombramientos de jueces se realizaban por medio de las disposiciones de una ley orgánica del periodo militar previo, que establecía un mecanismo de selección y nombramiento de jueces por parte del Ministerio de Justicia y la Corte Suprema, y aseguraba de esta manera el predominio del gobierno. No fue sino hasta 1968, cuando triunfó COPEI por vez primera en las elecciones presidenciales, que se sancionó la primera ley orgánica del Consejo de la Judicatura.⁴⁵ Esta ley fue impulsada por AD, quien tenía entonces el control de la mayoría parlamentaria, ante el temor de que el nuevo gobierno intentase alterar la proporción de jueces pertenecientes a cada partido. Dada esta motivación, la ley estableció que los jueces se nombrarían desde entonces por mayoría del Congreso, sin definirse claramente las atribuciones que tendría el Consejo.⁴⁶

Un segundo punto de inflexión en el desarrollo institucional de Venezuela se produjo a mediados de los años ochenta, al comenzar la crisis del pacto que sostuvo la transición. Esta crisis se debió a dos factores interrelacionados. En primer lugar, el surgimiento de una aguda crisis económica que hizo imposible para la élite, y en particular para AD, partidaria de una política económica de base distributiva, continuar otorgando beneficios materiales a la población como lo venía haciendo en los años setenta. Esto dio lugar a una creciente erosión de la legiti-

⁴⁵ Cabe señalar que un proceso sorprendentemente análogo sufrió el Consejo de la Magistratura italiano, creado por la constitución de 1948. En tanto la Democracia Cristiana obtuvo una amplia victoria en las dos primeras legislaturas, el Consejo de la Magistratura no tuvo efectividad. Su puesta en funcionamiento fue fruto de la declinación electoral de la Democracia Cristiana y de la acción de la oposición, fundamentalmente el Partido Comunista y el Socialista, que buscaron hacer del Consejo de la Magistratura un órgano de control de un poder ejecutivo del que no formaban parte. Véase Eduardo Oteiza, *op. cit.*, pp. 35-36.

⁴⁶ Véase Miriam Kornblith, "La separación de poderes en Venezuela: diseño constitucional y realidad sociopolítica", en *División de poderes*, Buenos Aires, CIEDLA, 1994.

dad de la clase política tradicional, reforzada, en segundo término, por la entrada de nuevos partidos y por movimientos sociales que comenzaron a desafiar el carácter excluyente del *statu quo*. En este contexto, durante el gobierno de Jaime Lusinchi (1984-1989), AD se comprometió a introducir una serie de reformas a la estructura del Estado tendientes a cambiar la imagen de ineficiencia del mismo.

Parte de las reformas recomendadas por la Comisión Presidencial de Reforma del Estado (Copre) pasaron por un fortalecimiento de la independencia del poder judicial. En 1988 se creó una nueva Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura que buscó darle efectividad a este organismo. Se dispuso que el mismo se compondría de cinco miembros, tres nombrados por la Corte Suprema, uno por el presidente y otro por el Congreso, quienes tendrían a su cargo ejercer facultades disciplinarias dentro del poder judicial y seleccionar jueces de niveles inferiores a la Corte Suprema por medio de concursos públicos de oposición.⁴⁷ Los candidatos seleccionados serían propuestos al Congreso en forma no vinculante, y posteriormente éste los nombraría por simple mayoría, en votación que no tendría el requisito de publicidad.

Estas reformas, sin embargo, no produjeron un cambio sustantivo ni en la imagen pública ni en la realidad del poder judicial. Después de que AD ganó nuevamente las elecciones en 1988, la manipulación y parcialidad en el nombramiento de jueces no sólo continuó sino que se trasladó a presiones continuas ejercidas por el gobierno sobre los mismos miembros del Consejo de la Judicatura. Por un lado, la misma reforma de 1988 muestra cuán limitado era el compromiso de cumplir con un procedimiento más transparente de selección de jueces, puesto que las propuestas del Consejo no son vinculantes. Por otro, el estado de desorganización y corrupción dentro del mismo poder judicial ha impedido hacer efectiva la acción del Consejo, a la vez que lo sujeta a una intensa politización de su actividad.

Ante la urgencia de llenar numerosos juzgados vacantes, se fue consolidando la práctica de nombrar jueces temporales, que son nombrados directamente por el Congreso sin concurso público y que luego permanecen en sus cargos más allá del periodo de su designación. Existen asimismo más de 1 400 denuncias de corrupción y delitos comunes pendientes sobre jueces que hacen prácticamente imposible un ejerci-

⁴⁷ Estos concursos son supervisados por los miembros del Consejo y al menos un juez, que proviene de la Corte Suprema cuando se trata de jueces de tribunales superiores, o de estos tribunales cuando se trata de jueces de instancias inferiores.

cio imparcial y efectivo de las facultades disciplinarias del Consejo.⁴⁸ Un constante intercambio de favores políticos determina cuáles cargos se prosiguen y cuáles se archivan. Como resultado de esta realidad, los mismos jueces ven al Consejo como una forma más de influencia política sobre el cuerpo judicial.⁴⁹

Desde la elección de Rafael Caldera en 1993, como candidato independiente, no se han producido mayores cambios ni reformas tendientes a asegurar una mayor independencia del poder judicial. A pesar de su propuesta de combatir la corrupción e introducir mayor eficiencia en el funcionamiento de las instituciones, la acción de su gobierno se halla dedicada principalmente a introducir reformas de tipo económico, de cuyo éxito parece depender por el momento la estabilidad misma del sistema político venezolano. Una muestra de la persistente influencia del gobierno así como de la subordinación del poder judicial a las preferencias del poder ejecutivo, la brinda la decisión de la Corte Suprema respecto de las suspensiones constitucionales decretadas en 1994 y 1995 con motivo de la crisis financiera que produjo el colapso de los principales bancos del país. Luego de que el caso llegó a la corte en 1995, el mismo presidente, en forma pública y privada, ejerció presiones durante las audiencias llevadas a cabo por el tribunal, el cual más tarde se abstuvo de decidir sobre el fondo del asunto, argumentando que no le correspondía al poder judicial el hacerlo.⁵⁰

No obstante la presente situación coyuntural, es posible prever que la constante declinación de los partidos tradicionales y de su control sobre el Congreso —actualmente ningún partido tiene clara mayoría— haga imposible en el futuro la subordinación estricta del poder judicial a las necesidades del partido en el gobierno. Como lo observamos en el caso de Argentina, sin embargo, la emergencia de esquemas de colaboración más estables entre los actores políticos no será posible si a un balance más equilibrado de fuerzas no se suma la demanda creciente de la ciudadanía en pos de una justicia que haga más predecible la acción del Estado y más creíble el compromiso de los funcionarios públicos de

⁴⁸ Uno de los delitos más notorios cometidos por los mismos jueces en Venezuela es el llamado "terrorismo judicial", consistente en arrestos y condenas arbitrarias impuestas por jueces comprados por grupos privados y funcionarios públicos. Para una descripción del problema de la corrupción en el poder judicial venezolano, véase, William Ojeda, *Cuánto vale un juez*, Caracas, Vadel Hermanos Editores, 1995.

⁴⁹ Mercedes Melina de Villaroel, presidenta de la Asociación de Jueces de Caracas, entrevista personal, 29 de marzo de 1995. Un recelo similar existe por parte de los jueces argentinos, quienes sospechan de la supuesta neutralidad del Consejo de la Magistratura a crearse.

⁵⁰ Véase *El Nacional*, 1 de junio de 1995, p. D-2.

proteger los derechos individuales. Por el momento, dada la creciente desconfianza del pueblo venezolano en todas las autoridades estatales, la inestable situación política y la presión que ejerce la acuciante crisis económica, la atención de necesidades inmediatas concita más atención que los inciertos resultados de un cambio en las instituciones.⁵¹

Conclusiones

En una famosa contribución a los ensayos federalistas, Hamilton afirmó que los jueces conforman la rama "menos peligrosa" del poder.⁵² Esta afirmación, que hoy parece paradójica en un país donde la Corte Suprema ha adquirido un enorme poder como intérprete último de la constitución, encierra aún una intuición fundamental acerca del papel de los jueces como institución. Los jueces dependen de los poderes políticos para iniciar o proponer cambios legislativos, ejecutar decisiones u obtener una organización adecuada para funcionar. Más aún, dada la naturaleza técnica de su función, los mismos carecen de la capacidad de apelar a la opinión pública o a los votantes para construir una esfera de poder autónomo frente a los órganos de representación popular. Por esta razón, la independencia de los jueces resulta fundamentalmente del compromiso de respetarla y mantenerla que posean quienes tienen a su cargo la dirección política del Estado.

Es posible comprobar esta dinámica en América Latina, donde la subordinación del poder judicial al poder ejecutivo y al partido del gobierno persiste en muchos casos a pesar del restablecimiento de regímenes democráticos y estructuras constitucionales que garantizan la independencia del poder judicial. Explicar esta situación requiere tomar distancia de las fallas del propio diseño institucional para preguntarnos cuáles son los incentivos que tienen los actores políticos, ya sean representantes del poder ejecutivo, legisladores o partidos políticos, para crear y mantener un sistema eficiente de aplicación de reglas. La respuesta que hemos intentado brindar es que esos incentivos existen

⁵¹ En una encuesta realizada en 1995, 92% de los consultados manifestó no creer que los líderes políticos o las instituciones del país tengan capacidad alguna para resolver la crisis actual. Este escepticismo se manifiesta, por ejemplo, en el hecho de que si bien la delincuencia es frecuentemente citada como una de las principales preocupaciones (junto con el desempleo), no parece percibirse la solución de este problema en un adecuado funcionamiento de la justicia. Véase *El Globo*, 3 de abril de 1995, p. 7.

⁵² Véase Publius [Hamilton], "Federalista 78", *Federalist Papers*, Nueva York, Penguin, 1978.

en tanto y en cuanto el intento de un actor de afectar la independencia del poder judicial genere costos que disminuyan los beneficios de corto plazo que pueden obtenerse de esa acción. Estos costos, que provienen de las previsibles sanciones de oponentes políticos y de ciudadanos, sólo existen cuando los actores políticos han logrado coordinar exitosamente en la creación de reglas constitucionales autosostenidas y legitimadas a través del tiempo.

Los casos de Argentina y Venezuela demuestran que esa coordinación es imposible si los actores políticos no logran primero superar en forma estable los problemas de cooperación que durante el pasado afectaron la creación y cumplimiento de normas constitucionales. Desde comienzos de los años ochenta se verifica en la Argentina una tendencia a las soluciones institucionales consensuadas, manifestada por ejemplo en una reciente reforma constitucional que, entre otros aspectos destinados a afianzar el Estado de Derecho, consagró importantes medidas a proteger la independencia del poder judicial. Sin embargo, el mantenimiento del partido justicialista en el poder por un segundo período consecutivo, el control que éste posee sobre el poder legislativo y la falta de una alternancia regular y previsible en el poder, han generado una situación en la cual el actual gobierno carece de incentivos para cumplir con las normas pactadas.

Venezuela, por otra parte, inició en los años sesenta un patrón de cooperación entre actores políticos que dio lugar a una transición democrática y a una constitución negociada que por primera vez en la historia de este país se mantuvo estable por más de dos décadas. Sin embargo, ese esquema de cooperación estaba fundado en una colusión entre partidos que subordinaba el funcionamiento independiente de las instituciones, como el poder judicial, a una distribución predeterminada de recursos entre los mismos. De esta manera, la actitud de AD, el actor más poderoso durante todo el período, demuestra que sólo tuvo incentivos para promover una mayor independencia del poder judicial cuando esa distribución de recursos estuvo en peligro, por hallarse en la oposición o por temer una declinación de su caudal electoral. Este esquema de interacción revela que, al igual que en la Argentina, un cambio futuro en la situación del poder judicial dependerá tanto de que exista una alternancia previsible en el poder como de la creciente demanda de la población para que se respeten los procedimientos constitucionales de gobierno.

Es preciso culminar este ensayo con una llamada de atención. Probablemente la independencia del poder judicial, de lograrse, cree pro-

blemas de segundo orden. La historia del poder judicial en América Latina nos enseña que la independencia del poder judicial es una condición necesaria, pero quizás no suficiente, para la existencia de un Estado de Derecho cuyos contenidos sean compatibles con un régimen democrático. En muchas circunstancias, e independientemente de la intervención del poder político, los jueces han adoptado en su momento en forma espontánea decisiones que consolidaron prácticas autoritarias de gobierno.

Esto quiere decir que, aun cuando se generen las condiciones políticas e institucionales para la creación y mantenimiento de un poder judicial independiente, no debemos esperar por ello el surgimiento automático de jueces dispuestos a desempeñar el papel de guardianes activos del proceso democrático. Ese cambio requerirá tiempo. Entre tanto, sólo podemos desear que mientras se mantenga estable el régimen democrático y se consolide entre la clase política una práctica constitucional de gobierno, emerja gradualmente un poder judicial capaz de defender los principios sobre los que se fundan las instituciones.

Sumario

A más de una década de haberse iniciado la transición a la democracia, muchos países de América Latina presentan todavía una administración de justicia que carece del mínimo de independencia del poder político para dar credibilidad a su función. La explicación debe buscarse no tanto en las fallas, a veces notorias, del diseño institucional, sino en la falta de incentivos de los actores políticos para comprometerse a observar las garantías establecidas para proteger la independencia del poder judicial. Utilizando los casos de Argentina y Venezuela, los autores argumentan que dichos incentivos sólo pueden surgir si los actores políticos son capaces de resolver los problemas de cooperación que en el pasado les hicieron imposible coordinar en la creación y cumplimiento de esquemas constitucionales estables y autosostenidos.

Referencias bibliográficas

Acuña, Carlos, "Algunas notas sobre los juegos, las gallinas, y la lógica de los pactos constitucionales", en *La nueva matriz política argentina*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1995.

- Axelrod, Robert, *The Evolution of Cooperation*, Nueva York, Basic Books, 1984.
- Colomer, Josep, *Game Theory and the Transition to Democracy*, Vermont, Elgar, 1995.
- Duncan, Luce y Howard Raiffa, *Games and Decisions*, Nueva York, Wiley, 1957.
- El Globo*, 3 de abril de 1995.
- El Nacional*, 1 de junio de 1995.
- Elster, Jon y Rune Slagstad (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.
- Elster, Jon, *Ulysses and the Syrens*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.
- , *The Cement of Society*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.
- , *Nuts and Bolts for the Social Sciences*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.
- Ewell, Judith, *Venezuela: A Century of Change*, Stanford, Stanford University Press, 1984.
- Federalist Papers*, Nueva York, Penguin, 1978.
- Fiss, Owen, "The Right Degree of Judicial Independence", en *Transitions to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary*, Boulder, Westview Press, 1993.
- Gargarella, Roberto, "Recientes reformas constitucionales en América Latina: una primera aproximación", mimeografiado.
- Geddes, Barbara, "A Game-Theoretic Model of Reform in Latin American Democracies", en *Politics and Rationality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993.
- Goldwin, Robert y Art Kaufman, *Constitution-Makers on Constitution-Making*, Washington, American Enterprise Institute, 1988.
- Hardin, Russell, "Why a Constitution?", en *The Federalist Papers and the New Institutionalism*, Nueva York, Agathon Press, 1979, pp. 100-120.
- , *Collective Action*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1982.
- Knight, Jack, *Institutions and Social Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.
- Kornblith, Miriam, "La separación de poderes en Venezuela: diseño constitucional y realidad sociopolítica", en *División de poderes*, Buenos Aires, CIEDLA, 1994.
- Luna, Félix, *Perón y su Tiempo*, Buenos Aires, Sudamericana, 1984, vol. I.
- Morrow, James, *Game Theory for Political Scientists*, Princeton, Princeton University Press, 1994.
- Negretto, Gabriel, "Un criterio muy particular: la doctrina de facto de la Corte Suprema de Justicia", en *El Derecho*, 1993, vol. 144, pp. 833-842.
- , *El problema de la emergencia en el sistema constitucional*, Buenos Aires, Rodolfo Depalma, 1994.
- North, Douglass, *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

- Ojeda, William, *Cuánto vale un juez*, Caracas, Vadell Hermanos, 1995.
- Oteiza, Eduardo, *La Corte Suprema: entre una justicia sin política y una política sin justicia*, La Plata, Editora Platense, 1994.
- Oyanharte, Julio, "Historia del poder judicial", en *Todo es Historia*, núm. 61, 1972.
- Página 12*, 2 de junio de 1996.
- Przeworski, Adam, *Democracy and the Market*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.
- Reforma constitucional: segundo dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia I*, Buenos Aires, Eudeba, 1987.
- , "The Protection of Judicial Independence in Latin America", *Interamerican Law Review*, vol. 19, núm. 1, 1987.
- Rossen, Keith, "The Success of Constitutionalism in the United States and its Failure in Latin America", *Interamerican Law Review*, núm. 22, 1990, pp. 20-39.
- Smulovitz, Catalina, "El poder judicial en la Argentina: el trabajoso parto de un actor", *Ágora*, núm. 2, 1995.
- Taylor, Michel, *Anarchy and Cooperation*, Nueva York, Wiley, 1976.
- Tsebelis, George, *Nested Games: Rational Choice in Comparative Politics*, Berkeley, University of California Press, 1990.
- Verbitsky, Horacio, *Robo para la Corona*, Buenos Aires, Planeta, 1991.
- , *Hacer la Corte*, Buenos Aires, Planeta, 1993.
- Weber, Max, *Economy and Society*, Berkeley, University of California Press, 1978, vol. II.
- Weingast, Barry, "The Political Foundations of Democracy and the Rule of Law", mimeografiado.