

PATOLOGÍAS DE LA DIVISIÓN DE PODERES*

Jorge F. Malem Seña

Universitat Pompeu Fabra, Barcelona

Hugo O. Seleme

Universidad Nacional de Córdoba, CONICET Argentina

RESUMEN. La división de poderes parece consustancial hoy a una democracia constitucional moderna, aunque sus orígenes puedan ser rastreados en la idea de república. La división de poderes no ha sido presentada, sin embargo, de igual forma teórica, no se ha manifestado empíricamente de igual modo, ni ha tenido una única y uniforme justificación. Se analizan dos principios justificatorios diferentes: el de especialización y el de independencia.

A la luz de estos dos principios se pueden colegir diversas patologías en la división de poderes por la invasión de un poder sobre la competencia y las acciones del otro. Se examinan cuatro posibles patologías: obstrucción, inhibición, conducción, congraciamiento. Y también otras cuatro provocadas por la invasión por parte de agentes privados del poder estatal: entorpecimiento, abstención, colonización y adaptación.

Palabras clave: democracia, división de poderes, patologías de la división de poderes, invasiones competenciales, agentes privados y eficacia estatal.

The Pathologies of Separation of Powers

ABSTRACT. The separation of powers seems nowadays to be consubstantial with contemporary constitutional democracies, even though its origins can be traced back to the idea of republic. The separation of powers, nevertheless, has not always been presented in the same theoretical fashion, it has not empirically manifested itself in the same ways, nor has it had a single, uniform justification. Two different justificatory principles shall be analysed: especialisation and independence. In the light of these two principles several pathologies caused by the invasion by one power of the competences and actions of another can be inferred. Four such pathologies are examined —obstruction, inhibition, leading and ingratiation—. And also four caused by the invasion of state power by private agents —numbness, abstention, colonization and adaptation—.

Keywords: democracy, separation of powers, pathologies of the separation of powers, invasion of competences, private agents and state efficacy.

* Fecha de recepción: 25 de junio de 2013. Fecha de aceptación: 20 de septiembre de 2013.

1. INTRODUCCIÓN

La idea de una democracia moderna, republicana, constitucional, que respete determinados valores básicos, se asienta sobre una serie de principios y de reglas establecidos y no especialmente controvertidos. Entre ellos se incluyen, sin pretensión de exhaustividad, que haya elecciones periódicas en un marco de libertad e igualdad, que los ciudadanos gocen de derechos fundamentales y que el Estado diseñe sus instituciones sobre la base de la separación de poderes. Tales exigencias responden a la preocupación por alcanzar el autogobierno y por salvaguardar los derechos individuales de toda forma de tiranía estatal o de su avasallamiento por parte de otros individuos. La democracia se instaura así no como un modo de obtener privilegios para los gobernantes, su impunidad manifiesta o riquezas para los miembros del aparato estatal. Su núcleo es más elemental: crear las condiciones para el autogobierno y el florecimiento de los derechos de los ciudadanos, constatado que los individuos son incapaces, por distintos motivos, de gobernarse a sí mismos sin contención social.

La idea de separación de poderes se presenta así como algo consustancial a la democracia moderna, aunque ya fuera señalada como ínsita en la noción de república, su referencia histórica. Debido al carácter central que ocupa la división de poderes en el diseño institucional de nuestras democracias liberales es especialmente importante identificar las enfermedades o patologías que pueden afectarla. El mal funcionamiento de la división de poderes puede conducir a que todo el entramado institucional se resquebraje y finalmente colapse. El objetivo del presente trabajo es analizar las diferentes formas de mal funcionamiento que pueden corromper dicha división.

Un paso indispensable para identificar tales patologías es clarificar en qué consiste la división de poderes y cuáles son las consideraciones normativas que pueden ofrecerse para justificarla. A esta tarea nos abocaremos en la siguiente sección, para luego identificar aquellas prácticas que pueden afectar su buen funcionamiento. Nuestro objetivo es llamar la atención sobre las múltiples amenazas que acechan a este mecanismo institucional para que se comprenda cabalmente su fragilidad y se desarrollen reaseguros para protegerlo.

2. LA DIVISIÓN DE PODERES: SURGIMIENTO Y JUSTIFICACIÓN

El esquema de la división de los poderes del Estado no siempre ha sido presentado de igual forma, ni adquirió uniformidad en su manifestación empírica. Ya la propia expresión «separación de poderes» es ambigua. En la teoría política ha sido utilizada para hacer referencia a tantas cuestiones, tan diferentes, que ha llevado a G. MARSHALL a plantear la inutilidad de su uso. En efecto, en su opinión, la noción de separación de poderes se ha utilizado a veces para señalar que las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales se atribuyen constitucionalmente a personas u órganos diferentes. Otras veces para establecer qué es lo que se separa, dado que las propias nociones de «legislativo», «ejecutivo» y «judicial» resultan a su vez vagas y ambiguas. Además, el concepto de «separación de poderes» ha implicado en ocasiones la incompatibilidad

personal para cumplir funciones en más de uno de esos poderes, en otras denota el aislamiento de un órgano respecto de los demás o hace mención al control mutuo de los diversos organismos estatales, etc. «En resumen, el principio [de la separación de poderes] resulta afectado por tal imprecisión e incongruencia, que difícilmente podemos considerar que se trate de algo más que un conjunto de argumentos apresuradamente compuesto para justificar medidas políticas que debieran defenderse o rechazarse en función de otros principios»¹.

Precisamente debido a la advertencia de MARSHALL hay que señalar que la idea de separación de poderes se desarrolló en dos etapas. La primera comprendió la paulatina distinción de las distintas funciones estatales: legislativa, ejecutiva y judicial. La segunda consistió en atribuir dichas funciones a diferentes órganos de gobierno. La atribución de diferentes funciones a diversos órganos es lo que usualmente se conoce como separación de poderes. Entre las justificaciones que se ofrecieron para proceder a esa división, dos revisten especial importancia: la de eficacia gubernamental y la idea republicana de prevención de la tiranía².

Con relación a la primera etapa de desarrollo es necesario advertir un hecho que visto desde nuestra perspectiva histórica generalmente pasa desapercibido³. Hasta bien entrado el siglo XVII la idea que se tenía de las funciones de gobierno era estrictamente judicial. El gobierno sólo tenía el poder de interpretar y aplicar las leyes. No existía tal cosa como una función legislativa ya que para una concepción iusnaturalista del derecho lo que hace el gobernante a la hora de dictar normas no es genuinamente legislar, sino interpretar lo que un derecho natural preestablecido establece para el caso. No hay diferencia entre la actividad del legislador y la del juez, ambos sólo tienen competencia para interpretar y aplicar el derecho.

La distinción entre las funciones de los poderes del Estado —específicamente la identificación de un poder legislativo con capacidad para crear el derecho— se hizo posible cuando las concepciones iusnaturalistas del derecho comenzaron a perder terreno. Cuando el derecho comenzó a ser visto como un artefacto humano fue posible distinguir la función de creación del derecho, ejercida por el legislativo, de la función de su aplicación e interpretación. A esto también contribuyó la aparición de la idea de Estado soberano dotado de competencia para crear un derecho inmune a interferencias foráneas.

La segunda etapa en la aparición de la noción de separación de poderes tuvo lugar con la atribución de las diversas funciones estatales a diferentes órganos. El anteceden-

¹ Cfr. G. MARSHALL, *Teoría constitucional*. Versión castellana: R. GARCÍA COTARELO, Madrid, Espasa-Calpe, 1982, 164.

² En lo que sigue entenderemos por separación de poderes una concepción compleja que incluye la idea de «controles y contrapesos» y de «fraccionamiento del poder» para evitar la tiranía. J. WALDRON ha explorado recientemente lo que concibe como la «concepción pura» de la separación de poderes, distinguiéndola de los dos componentes antes mencionados. WALDRON sostiene que estos no son componentes de la idea de separación de poderes sino justificaciones que pueden brindarse de la misma. En lo que sigue, más allá de si la concepción minimalista de separación de poderes propuesta por WALDRON tiene sentido adoptaremos una posición más robusta. Cfr. J. WALDRON, «Separation of Powers in Thought and Practices», *Boston College Law Review*, vol. 54, 2013, 433-468.

³ En la breve reconstrucción histórica que a continuación se presenta hemos seguido el texto clásico de M. J. C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Indianapolis, Liberty Fund, 2.^a ed., 1998.

te más remoto de esta idea se encuentra en la concepción clásica de gobierno mixto según la cual una forma adecuada de gobierno era aquella que mezclaba elementos monárquicos con aristocráticos y democráticos. En los orígenes de la idea de separación de poderes existió una tendencia a equiparar los elementos monárquicos con el poder ejecutivo, los aristocráticos con el judicial y los democráticos con el legislativo. No obstante, aunque ambas nociones —la de gobierno mixto y separación de poderes— se encuentran emparentadas no son idénticas dado que la primera se encuentra justificada en el objetivo de que una clase no avasalle a las restantes mientras que la segunda lo está en el objetivo de lograr la eficiencia del aparato estatal y garantizar que el Estado no avasalle a los individuos⁴.

Por un lado, para garantizar la eficiencia de un aparato estatal cada vez más complejo se procedió a la especialización. Por el otro, para que el creciente poder gubernamental no amenazase las libertades y derechos individuales se promovió la independencia de los diferentes órganos estatales. Ambos principios, el de especialización y el de independencia, poseen diferentes justificaciones ya que ambos persiguen distintos objetivos.

La idea de especialización se vincula con el objetivo de la eficacia del Estado. Un modo de organizar de modo eficiente el ejercicio del poder —dado que no es el caso que un mismo individuo o conjunto de individuos puedan disponer del tiempo y capacidad para ejercitar todas las funciones vinculadas al gobierno— consiste en desagregar funciones y atribuir las a diferentes organismos⁵. La idea de independencia, por su parte, se vincula con el objetivo de evitar la tiranía o garantizar la libertad. Dado que la centralización del poder político puede ser una amenaza para los derechos y las libertades individuales, las diversas funciones estatales deben atribuirse a diferentes órganos que puedan controlarse recíprocamente.

Ambos principios u objetivos, el de especialización —vinculado con la eficacia estatal— y el de independencia —vinculado con la protección de los derechos y libertades— se encuentran presente desde la justificación más temprana de la división de poderes⁶. J. LOCKE justifica la existencia del poder político en su carácter protector de los derechos individuales. Sólo la eficacia del Estado a la hora de proteger estos dere-

⁴ La doctrina del gobierno mixto paulatinamente fue dando lugar a la de la separación de poderes debido al avance de la democracia. De modo gradual fue dejándose de lado el elemento clasista que subyacía a la idea del parlamento y comenzó a aparecer la idea de balances y controles de un poder —no ya de una clase— sobre otro.

⁵ Uno de los primeros en ofrecer una defensa de la desagregación de las funciones de gobierno en base al valor de la eficacia fue M. DE PADUA. Cfr. M. DE PADUA, *Defensor Pacis*, L. MARTÍNEZ GÓMEZ (trad.), *El Defensor de la Paz*, Madrid, Tecnos, 1989.

⁶ La distinción más remota de las diferentes funciones gubernamentales puede rastrearse hasta ARISTÓTELES. Éste identifica en toda constitución política tres elementos: el deliberativo, el vinculado con la magistratura y el judicial. Aunque estas funciones pueden emparentarse con las funciones legislativa, ejecutiva y judicial, no son idénticas. Tampoco es posible hablar en ARISTÓTELES de división de poderes, porque las funciones no eran atribuidas a órganos gubernamentales diferenciados. Cfr. ARISTÓTELES, *La Política*, IV, 14, J. PALLI BONET (trad.), Barcelona, Bruquera, 1974.

La preocupación por el auto-gobierno condujo a Aristóteles al extremo opuesto de la especialización y la división de poderes. Él veía como algo importante que cada ciudadano pudiese ejercitar las diversas funciones. Así, pensaba que era importante que las mismas personas se desempeñasen como soldados y agricultores y, de modo análogo sostenía que las mismas personas podían formar parte del consejo deliberativo y de la corte judicial. *Ibid.*, IV, 6.

chos justifica moralmente su existencia. Adicionalmente sostiene que el único modo en que el Estado puede alcanzar este fin sin volverse él mismo una amenaza es garantizando la división de poderes. Por esta razón, afirma LOCKE, sólo puede ser legítimo un gobierno en el cual las diversas funciones gubernamentales son ejercitadas mayormente por diferentes instituciones. Según la división por él propuesta el poder legislativo es el poder supremo para decidir cómo utilizar la coacción estatal⁷. El poder ejecutivo se encuentra sometido al legislativo y su función consiste en hacer cumplir el derecho y aplicarlo a los casos concretos⁸. Por último, el poder federativo es el encargado de conducir las relaciones internacionales y ordenarlas de modo que los derechos de los ciudadanos no se vean amenazados por las interferencias de otras naciones⁹.

No obstante, la protección frente a la tiranía no es la única razón en base a la cual LOCKE justifica la división de poderes. El fracaso del gobierno asambleario que había tenido lugar luego de la caída de Charles I le había enseñado que la asamblea legislativa no debía ser la encargada de hacer cumplir o aplicar sus leyes. La asamblea legislativa, sostiene LOCKE, es por lo general «...demasiado numerosa y también demasiado lenta...» como para encargarse de manera eficaz de la función ejecutiva¹⁰. La ineficacia de una asamblea legislativa que concentra las funciones de gobierno es una de las razones que condujo a LOCKE a defender la división de poderes. Por otro lado, tampoco la ejecución y aplicación de las leyes debían quedar libradas al parlamento porque, señala, mientras las leyes son dictadas en un periodo relativamente corto deben ser ejecutadas y aplicadas de manera constante¹¹.

El mismo interés por la eficacia del gobierno puede descubrirse en la justificación de la división de poderes ofrecida por los revolucionarios norteamericanos. La misma experiencia fallida que LOCKE había tenido con el gobierno asambleario la tuvo George Washington con el Congreso Continental y su incapacidad para conducir la guerra de independencia y para adoptar decisiones de modo expeditivo. La misma justificación basada en la eficacia puede encontrarse en los escritos de HAMILTON y MADISON¹².

Una justificación de la división de poderes semejante a la de LOCKE se encuentra en MONTESQUIEU. Dado que la experiencia indica que el poder corrompe, señala, es necesario que el poder sea controlado por el poder¹³. Aunque los rótulos que MONTES-

⁷ Cfr. J. LOCKE, *Two Treatises* 2, par. 149. Este poder, con todo, no es ilimitado ya que se encuentra conreñido por el derecho natural. Una parte importante de las funciones del poder legislativo es especificar lo que requiere ese derecho y dotar a sus requerimientos con el respaldo de la coerción estatal.

⁸ *Ibid.*, 2, pars. 88-89.

⁹ Una curiosidad de la división de poderes propuesta por LOCKE es que no se considera una función gubernamental específica la de interpretar el derecho, y por ende no se adjudica dicha función a un órgano específico. No existe una judicatura cuya función primordial sea la de interpretar. Esta característica de su propuesta se justifica en su concepción de derecho natural. Dado que existe un derecho natural al que la legislatura debe ajustarse, tanto la legislatura como el ejecutivo deben realizar la misma función interpretativa. La legislatura debe interpretar qué es lo que requiere el derecho natural en las circunstancias específicas y dictar una ley. El ejecutivo debe interpretar lo que ha prescrito la legislatura a la luz de lo que establece el derecho natural. Cfr. A. TUCKNESS, *Locke and the Legislative Point of View: Toleration, Contested Principles and Law*, Princeton, Princeton University Press, 2002.

¹⁰ Cfr. LOCKE, *Two Treatises* 2, par. 160.

¹¹ Cfr. *ibid.*, par. 144.

¹² Cfr. W. BANKS, «Efficiency in Government: Separation of Powers Reconsidered», *Syracuse Law Review*, 1984, 715-734.

¹³ Cfr. MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, 11.4, M. BLÁZQUEZ y P. DE VEGA, Madrid, Tecnos, 1972.

QUIEU utiliza —poder legislativo, ejecutivo y judicial— son diferentes a los utilizados por LOCKE, una vez que se analizan las funciones que cada uno tiene su semejanza se vuelve patente. MONTESQUIEU, al igual que LOCKE, piensa que el poder legislativo debe ser supremo. Sostiene que el poder ejecutivo tiene que ocuparse de las relaciones internacionales, a semejanza de lo que sucede con el poder federativo en LOCKE y afirma que el poder judicial debe encargarse de la aplicación de las leyes, tal como hace el poder ejecutivo en LOCKE. Las divergencias entre MONTESQUIEU y LOCKE son más terminológicas que conceptuales.

MONTESQUIEU, no obstante, es más específico que LOCKE al proponer una distribución de competencias institucionales. Según MONTESQUIEU sólo el poder legislativo debe tener el poder para crear tributos dado que de este modo, al amenazarlo con privarlo de fondos, puede evitar que el ejecutivo intente imponersele. Por la misma razón el ejecutivo debe tener el derecho a veto sobre la legislación dictada por el parlamento. El parlamento, por su parte, debe estar compuesto de dos cámaras que puedan evitar que los proyectos de legislación de la otra se transformen en ley. Finalmente, el poder judicial debe ser independiente del legislativo y del ejecutivo, y debe ocuparse solo de la aplicación de las leyes dictadas por el parlamento. De este modo, este poder terrible —según las propias palabras de MONTESQUIEU— resulta invisible.

La misma justificación de la división de poderes puede encontrarse en KANT. Las tres ramas del poder estatal deben estar separadas para evitar la tiranía pero deben coordinarse y complementarse mutuamente para lograr la integridad de la constitución del Estado, esto es, para lograr una acción gubernativa eficiente. Al igual que LOCKE y MONTESQUIEU, KANT afirma la supremacía del poder legislativo. El poder soberano, que radica en el pueblo y se personifica en la figura del legislador, tiene una prelación lógica sobre los otros dos poderes. Su voluntad respecto de lo mío y lo tuyo es irreprochable. El poder ejecutivo, encarnado en el gobernante, es irresistible y debe ejercerse siempre siguiendo los mandatos legales. Y el poder judicial, cuyas sentencias supremas son irrevocables, debe adjudicar a través de los jueces a cada uno lo suyo. Ninguna de estas tres dignidades del Estado, agrega, puede interferir en la acción de las otras.

Por razones lógicas, continúa, el legislador no puede gobernar, porque esta actividad supone ya la sujeción a la ley. El pueblo soberano, cuya voluntad crea la ley, no puede quedar sometido a la misma. Por igual motivo, tampoco puede castigar al gobernante o a los ciudadanos porque el acto de coaccionar también supone la sumisión a la ley. Si es el gobernante quien legisla, en cambio, se transforma en déspota, con peligro para los derechos de los ciudadanos. Finalmente, el ejecutivo no puede juzgar, ya que si así lo hiciera se corre el riesgo de que obre injustamente exponiéndose a una apelación. Y, naturalmente, en este esquema, excedería cualquier previsión que los jueces, que deben conceder a cada uno su derecho según la ley, pudieran desarrollar funciones propias del legislativo o del ejecutivo¹⁴.

¹⁴ KANT identifica la idea de división de poderes con la forma republicana de gobierno. De este modo caracteriza al despotismo como aquella forma de gobierno en la cual quien crea las leyes es el mismo que las aplica y las hace cumplir. En una república, por el contrario, quien crea las leyes y quien las hace cumplir y las aplica a los casos particulares, no es la misma persona. De esto se sigue que para KANT es posible que exista un régimen republicano en el que quien crea las leyes es un monarca no elegido democráticamente, siempre y cuando el individuo encargado de aplicarlas y hacerlas cumplir no sea el mismo monarca. Democracia y repú-

Al igual que MONTESQUIEU, KANT veía como algo imprescindible para evitar el despotismo que el parlamento pudiese resistirse al poder ejecutivo. Esta resistencia debía ser negativa y consistía en «la *negativa* del pueblo (en el parlamento) a acceder siempre a las exigencias cuya satisfacción presenta el gobierno como necesaria para la administración del Estado...»¹⁵. Es imprescindible que el parlamento pueda negarse a financiar las acciones del poder ejecutivo. No obstante el control que puede ejercitar el parlamento es solo negativo, ya que no puede prescribir ninguna acción al poder ejecutivo.

3. LA TENSIÓN ENTRE ESPECIALIZACIÓN E INDEPENDENCIA

Una consecuencia de que la justificación de la división de poderes descansa sobre dos principios diferentes —uno vinculado con el modo más efectivo de gobernar y otro con la protección frente a la tiranía gubernamental— es que inevitablemente exista la posibilidad de tensión. Si se exagera la necesidad de independizar a un poder de otro para maximizar la protección frente a la tiranía se corre el riesgo de producir la completa inoperancia del Estado. El diseño institucional es exitoso para proteger a los ciudadanos frente al Estado pero a costa de hacer imposible cualquier actividad estatal y dejar librados a los individuos al arbitrio de sus conciudadanos.

En este caso la división de poderes previene exitosamente contra la aparición de un Estado omnímodo. Sin embargo, lo logra volviendo inviable la actividad estatal. El sistema de controles y contrapesos paraliza la actividad estatal. Esto produce que los individuos queden a merced de aquellos peligros que la existencia del Estado pretendía conjurar: la interferencia arbitraria de terceros. Se evita el riesgo de la tiranía estatal o pública para cambiarlo por el riesgo de la tiranía privada. Así, por ejemplo, sin la actividad moderadora del Estado los trabajadores quedan librados al poder de interferencia de los empleadores, los pobres quedan a merced de los ricos y en general los débiles quedan sometidos a los poderosos. Se fracciona el poder político hasta el extremo de volverlo inoperante, perdiendo de vista que este poder funcionaba como contrapeso de otros poderes que siguen estando en pie: el poder del dinero, el poder de la presión por la conformidad social, el poder del acceso al conocimiento, entre muchos otros.

Si, por otro lado, se exagera la necesidad de que las diferentes ramas del poder estatal actúen de modo mancomunado para que sea posible la acción estatal eficaz, se corre el riesgo de contar con un Estado operativo pero despótico. El camino que por lo general conduce a este resultado es semejante al antes descrito sólo que esta vez transitado en la dirección inversa. Se logra conjurar el peligro de la tiranía privada pero a costa de crear un Leviatán político. Se alcanza el control sobre los agentes particulares dotados de poder —económico, social, etc.— pero al precio de quedar librado al arbitrio de aquellos que ejercitan el poder político omnímodo. Mientras más inminente

blica no son conceptos vinculados en la filosofía política kantiana, aunque KANT sostiene que la mejor forma de república es aquella en donde el poder legislativo reside en un parlamento elegido democráticamente. *Cfr.* E. KANT, *La Paz Perpetua*, J. ABELLÁN (trad.), Madrid, Tecnos, 1998, 18.

¹⁵ E. KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, 49, 322, A. CORTINA y J. CONILL SANCHO (trads.), Madrid, Tecnos, 1989, 154.

se percibe el riesgo de caer en manos de actores privados poderosos, más atractiva se vuelve la tentación de apelar a un poder político unificado.

El desafío que enfrenta cualquier diseño institucional que apele a la división de poderes consiste en resolver de una manera adecuada la tensión antes señalada. En primer lugar, es necesario encontrar un diseño institucional que permita que el poder ejercitado por los agentes privados se encuentre controlado por el poder político público. Para esto es necesario contar con una acción estatal eficaz. En segundo lugar, es necesario que el poder que ejercita una rama del Estado se encuentre bajo el control de otras. Para esto es necesario contar con poderes independientes. De lo que se trata, entonces, es de encontrar un diseño institucional que divida el poder político sin dejarlo inoperante frente al poder de los actores privados.

4. LA ESPECIALIZACIÓN: LO POLÍTICO Y LO JUDICIAL

La forma tradicional de dividir el poder político consiste en separar los órganos gubernativos encargados de adoptar las decisiones políticas o legislativas y los encargados de aplicar tales decisiones generales a los casos concretos. Como hemos visto, esto es cierto en MONTESQUIEU y KANT pero también lo es en LOCKE quien piensa que el poder legislativo es supremo pero que no es quien debe ocuparse de la aplicación de las leyes a los casos concretos. Los tres coinciden en que el poder político o legislativo es supremo y también acuerdan en que debe ser ejercido por un órgano diferente de aquel encargado de aplicar las decisiones políticas generales a los casos particulares.

Existen diversas maneras de presentar la separación entre el nivel de especialización política y el nivel de especialización judicial. O lo que es lo mismo, entre lo que es decidible dentro del ámbito de la política y lo que corresponde competencialmente a la esfera judicial. El primero es suponer que hay un conjunto de derechos —reconocidos en la Constitución— que el legislativo y el ejecutivo no pueden invadir y que está salvaguardado en última instancia por el poder judicial. El segundo es pensar que no es propio del ámbito judicial tomar decisiones que únicamente corresponde hacerse mediante un procedimiento dotado de legitimidad democrática. La primera posición puede ser ejemplificada por lo que E. GARZÓN VALDÉS ha denominado «el coto vedado», la segunda por la llamada «*political question*» estadounidense.

Según E. GARZÓN VALDÉS, en una democracia representativa bien asentada debería existir una especie de «coto vedado»¹⁶ constituido por aquel conjunto de derechos y libertades que tiende a garantizar la satisfacción de las necesidades básicas y bienes primarios de las personas y algunos deseos secundarios. Y dentro de estos últimos aquellos que son necesarios, como la educación por ejemplo, para lograr bienes primarios. Este conjunto de derechos fundamentales establecido, de un modo no exhaustivo para citar solo un documento, en la Declaración de los derechos del hombre de Nacio-

¹⁶ La expresión «coto vedado» fue tomada de la obra homónima de J. GOYTISOLO, como se encarga de subrayar E. GARZÓN con el fin de despejar cualquier interpretación metafísica.

nes Unidas no puede estar sujeto a la discusión o al compromiso político con el fin de limitarlo total o parcialmente.

En ese sentido, la determinación del contenido del «coto vedado» no puede depender del consenso social, ni de las preferencias de los representados y de sus representantes políticos. La inclusión de los derechos y libertades fundamentales depende de una justificación racional guiada según los criterios establecidos por la ética esclarecida. La custodia de este «coto vedado» debería quedar reservada al poder judicial por razones conceptuales, aunque E. GARZÓN no lo diga expresamente.

Para el ámbito privativo de lo político, de lo parlamentario y del ejecutivo, quedaría la negociación y el compromiso acerca de cómo expandir la satisfacción de los deseos secundarios de los ciudadanos sobre la evaluación de costes y de beneficios. En palabras del autor de marras, «la representación parlamentaria es éticamente justificable cuando respeta la vigencia de los derechos de cada cual a los bienes primarios y procura satisfacer a través del compromiso la realización de los deseos secundarios de los miembros de una comunidad política»¹⁷.

Como si se tratara de la otra cara de una misma moneda quienes han afirmado la tesis de la «*political question*» han negado la intromisión del poder judicial en el ámbito de la política. Esta tesis adquirió una relevancia especial en los Estados Unidos de Norteamérica con motivo de la guerra de Vietnam.

Como es sabido, la Suprema Corte de Justicia de ese país jamás sentenció sobre sí la declaración de la Bahía de Tonkin sobre el Vietnam realizada por el poder ejecutivo era o no una declaración de guerra jurídicamente válida, y eso a pesar de las más de setenta demandas presentadas. La declaración de guerra competía al poder legislativo que, según se aducía, veía así hurtadas sus facultades y la posibilidad de una discusión abierta al respecto.

La inhibición de dicho tribunal no comenzó con el conflicto del sudeste asiático, existía ya una larga tradición de abstenciones basada precisamente en la doctrina de la cuestión política. Según ésta algunas decisiones del Poder Ejecutivo o del Legislativo no serían revisables por los jueces debido a su estricto carácter político. Si esto es así habría ciertas áreas en la esfera de lo público no sujetas a control jurisdiccional porque deberían decidirse en exclusiva a través de la discusión y del compromiso¹⁸.

Ambas perspectivas muestran un aspecto esencial que entronca con la separación de poderes y es la afirmación de que las distintas ramas del poder estatal asumen competencias en exclusiva que no pueden ser invadidas por las otras. Y los sistemas jurídicos suelen diseñar un conjunto de medidas para garantizarlo y para el mejor disfrute de los derechos y libertades de los ciudadanos. A continuación se analizarán dos de estas medidas: la independencia y la imparcialidad judicial.

¹⁷ Cfr. E. GARZÓN VALDÉS, «Representación y democracia», en *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. La cita es de 649. Para la concepción del «coto vedado» puede consultarse, además del artículo citado, «Algo más acerca del “coto vedado”», *Doxa*, 6, 1989.

¹⁸ No se prestará demasiada atención a la plausibilidad de la doctrina de la cuestión política en sus diversas versiones. Aquí únicamente interesa señalar su impronta práctica y también los límites del poder judicial sobre ciertas decisiones políticas. Para un análisis en detalle de dicha doctrina, *vid.* J. F. MALEM SEÑA, *Concepto y justificación de la desobediencia civil*, Barcelona, Ariel, 2.ª ed., 1990, esp. 213 y ss.

5. LA INDEPENDENCIA: LA INSULARIDAD E IMPARCIALIDAD JUDICIAL Y LA POTESTAD POLÍTICA

Según una versión estándar de la independencia judicial habría que distinguir entre la independencia externa y la interna. Ambas aceptan que la función de los jueces es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado conforme a derecho y de acuerdo a hechos debidamente probados. Esto supone que el juez queda sujeto únicamente a la ley, como rasgo característico propio de su función en un Estado constitucional y en garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos y de la seguridad jurídica. Las constituciones y las leyes suelen imponer garantías en favor de la independencia de los jueces y de su efectiva realización.

La independencia externa asume que los jueces han de estar libres de toda interferencia de las demás ramas del poder del Estado. De este modo, el poder ejecutivo o el poder legislativo no podrían influenciar, intervenir ni decidir en aspecto alguno de la actividad jurisdiccional. La independencia judicial externa se mueve en una especie de «insularidad política», al decir de O. FISS¹⁹. O como afirma TOMÁS Y VALIENTE, ambos, jueces e independencia, son términos reconducentes, este es, se necesitan el uno al otro²⁰.

La independencia interna exige que los jueces queden al margen de la influencia, presión o mandato, no autorizado por las leyes, de otros jueces cualquiera sea su escalafón en la estructura judicial. La revisión de las decisiones de los tribunales inferiores por los tribunales superiores vía recursos debidamente admitidos no supondría así ninguna afectación a la independencia interna.

Si la independencia judicial se predica del diseño institucional y es relativa, la imparcialidad judicial se sostiene respecto del ejercicio jurisdiccional y debe ser absoluta. La imparcialidad supone que el juez, en el momento de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, mantiene una posición de aislamiento y de neutralidad respecto de las partes intervinientes en el proceso y respecto del objeto mismo de la causa. Cuánto más alejado esté el juez de las partes y del objeto del proceso mejor será para la impartición de la justicia.

Los Estados modernos han diseñado una serie de medidas de diferente calado para posibilitar, y en la medida de lo posible asegurar, la independencia y la imparcialidad de los jueces. Entre ellas y con un carácter no exhaustivo hay que señalar que los jueces han de ser designados conforme a criterios objetivos de solidez profesional y no según sus creencias, actitudes o amistades políticas. El modo de selección de los jueces es crucial para la independencia y la imparcialidad de los mismos.

Los jueces deben gozar también de la debida inamovilidad de sus cargos. Esto es, no pueden ser removidos por causas diferentes a las establecidas por la ley y que en general se resumen en la comisión de delitos o de faltas disciplinarias muy graves. No pueden por ello ser apartados por el contenido de sus sentencias, a menos que con ello

¹⁹ Cfr. O. FISS, «The Limits of Judicial Independence», *The University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 25, 1, 1993, 59-60.

²⁰ Cfr. F. TOMÁS Y VALIENTE, *El poder judicial*, vol. XIII, 19.

cometan delitos o faltas muy graves. Hay que proteger a los jueces en el ejercicio de su función de cualquier apartamiento por motivos políticos o sociales.

Otra de las garantías para la independencia judicial que a menudo suele ser citada es que los jueces deben gozar de un emolumento digno y de la intangibilidad de su salario, no sujeto a quitas o incrementos arbitrarios que persigan influenciar, interferir o controlar la actividad jurisdiccional. Qué cantidad de dinero lo satisface no es algo que se pueda determinar previamente. Dependerá del contexto y de las circunstancias, y siempre hay que tomar en consideración las severas incompatibilidades laborales que acarrea su oficio y que le impide obtener una remuneración adicional²¹.

Y, en fin, también a favor de la independencia y la imparcialidad judicial se han establecido determinadas prohibiciones tales como que los jueces no pueden pertenecer a partidos políticos o a sindicatos, incompatibilidades laborales, salvo en actividades académicas, científicas o artísticas y siempre con la autorización de las autoridades competentes o que se haya articulado un conjunto de abstenciones y recusaciones judiciales.

6. LAS PATOLOGÍAS DE LA DIVISIÓN DE PODERES

Como hemos señalado, el hecho de que la división de poderes descansa sobre dos valores —el de la eficiencia y el de la libertad individual— determina que de modo indefectible cualquier diseño institucional que la corporice se encuentre sometido a tensiones. El diseño institucional debe lograr que el poder esté dividido pero no de tal modo que lo vuelva inerte o ineficaz frente a los poderes privados. De lo que se trata es de dividir el ejercicio del poder estatal en tres ramas competenciales que haga más difícil el actuar omnímodo de una de ellas que conduzca inexorablemente a la tiranía. Al mismo tiempo, se intenta que estas tres ramas actúen coordinadamente de manera eficaz. Cuando esto último no se logra nos encontramos en presencia de una patología que es tanto o más peligrosa que el mal que la división de poderes pretendía evitar: la tiranía de los poderes privados.

Existen tres variables que pueden ser de utilidad para caracterizar las patologías de la división de poderes. La primera, tiene que ver con el tipo de intervención que puede sufrir un poder estatal en los asuntos que deberían quedar reservados a su competencia exclusiva. Un poder estatal puede estar sujeto a influencias debido a la interferencia efectiva de otro agente o debido al mero hecho de que éste tenga poder de interferencia. Esta distinción se asienta en la idea republicana de libertad según la cual un agente es libre cuando otros no poseen la capacidad de interferir en sus asuntos —en este caso los reservados a cada poder estatal— de manera arbitraria o ilegítima²². A los fines de

²¹ No nos detendremos demasiado en este punto aunque sí habría que señalar que no consideramos una garantía aceptable para la independencia y la imparcialidad de los jueces que los jueces argentinos no paguen el impuesto a las ganancias sobre sus salarios. Esta indebida excepción impositiva ni siquiera constituye una garantía estrictamente hablando.

²² *Cfr.* Ph. PETIT, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Clarendon Press, 1997.

este trabajo daremos por sentado que la distribución competencial de los poderes es legítima y que es arbitraria cualquier injerencia que traspase los límites fijados por estas competencias²³.

La segunda variable se vincula con el resultado provocado por la influencia indebida. A este respecto la influencia que un poder padece puede evitar que tome una decisión con cierto contenido o provocar que la adopte. La interferencia o la capacidad de interferencia arbitraria puede provocar que los poderes estatales actúen —adoptando una decisión con cierto contenido específico— u omitan actuar —se abstengan de decidir—.

Finalmente, la tercera variable se refiere al carácter público o privado de los agentes que indebidamente influyen sobre la actividad de un poder estatal. Quien interfiere o posee la capacidad de interferencia arbitraria puede ser uno de los poderes del Estado o puede ser un grupo de presión privado. Combinando las tres variables es posible clasificar las patologías del siguiente modo.

6.1. La invasión de un poder estatal por otro

Aunque la misma idea de división de poderes y el sistema de balances y contrapesos requiere que un poder tenga algo que decir sobre la actuación de los otros, no toda injerencia es arbitraria o ilegítima. No toda injerencia de un poder en los asuntos de otro constituye una invasión y representa una patología del sistema. De lo que se trata entonces es de identificar los diferentes supuestos de invasión o injerencia ilegítima y distinguirlos de los casos en que la injerencia no sólo no es patológica sino que es acorde con la justificación de la división de poderes.

6.1.1. *Obstrucción*

La obstrucción se caracteriza por la interferencia efectiva de un poder en el normal funcionamiento de otro. Existe interferencia cuando un poder del Estado de modo deliberado impide que otro adopte ciertas decisiones que deberían —de acuerdo con la distribución de funciones— quedar libradas a su arbitrio. De este modo, la obstrucción se caracteriza por dos elementos: requiere la acción de un poder estatal y tiene por finalidad evitar que otro poder actúe dentro de su ámbito de competencia.

La mera acción de un poder para evitar que otro actúe, en consecuencia, no constituye una obstrucción. Por el contrario, para que la división de poderes —y la idea de balances y contrapesos— funcione es imprescindible que un poder pueda presentar algún obstáculo al actuar omnímodo de otro. Lo que se requiere para que exista obstrucción es que la interferencia sea ilegítima, esto es que invada los ámbitos de competencia que han sido reservados a otro poder.

²³ Qué cuenta como interferencia arbitraria es uno de los asuntos más debatidos en la teoría republicana contemporánea. Para abordar el problema que aquí nos interesa hemos adoptado un enfoque formalista que presupone que las reglas que fijan la división de poderes son legítimas y establecen los límites de la interferencia no-arbitraria.

Un ejemplo paradigmático de obstrucción del poder legislativo por parte del poder judicial puede encontrarse en la actuación de la Corte Suprema estadounidense con relación a la legislación del New Deal²⁴. En el caso *Lochner vs. New York* (1905), la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció que la libertad de contratación estaba protegida constitucionalmente por la Decimocuarta Enmienda y que, por tanto, la limitación de la jornada laboral por medio de una ley era inconstitucional²⁵. Durante los años que siguieron la Corte Suprema utilizó el mismo argumento para declarar inconstitucional a toda aquella legislación que intentara regular las condiciones laborales²⁶.

La inversa también puede darse. El poder legislativo se entromete en la labor jurisdiccional cuando dicta leyes específicas para enervar decisiones de los jueces. Como acertadamente señala P. ANDRÉS, «el legislador puede actuar invasivamente en esa esfera [la judicial] emanando leyes singulares o leyes dirigidas a intervenir sobre controversias ya instauradas, o, incluso, ya decididas en sede jurisdiccional. Las primeras son leyes cuyo contenido no sería “normativo”, por defecto de generalidad, sino más bien un acto impropio del legislador; las segundas serán retroactivas y, en el último supuesto, irían contra la cosa juzgada»²⁷.

6.1.2. Inhibición

La inhibición que un poder estatal provoca en otro implica una forma de intervención mucho más sutil. A diferencia de lo que sucede con la obstrucción, no requiere la existencia de una interferencia ilegítima efectiva sino el poder de interferir en las decisiones reservadas a otro poder. El mero poder de interferencia tiene como consecuencia que una rama del poder estatal no adopte decisiones que son de su competencia exclusiva.

Al igual que en el caso de la obstrucción, para que estemos en presencia de una inhibición no es suficiente que un poder del Estado se auto restrinja a la hora de adoptar decisiones debido a la posibilidad cierta de que otro poder interfiera. Por el contrario, este efecto autorestrictivo es un componente esencial del buen funcionamiento de la división de poderes. Así, por caso, que el parlamento se cuide de dictar normas inconstitucionales debido al poder de interferencia que tiene la Corte Suprema en base al mecanismo de control de constitucionalidad es algo deseable. Lo que adicionalmente debe darse para que exista inhibición es que la autorestricción se produzca por la posibilidad de interferencia ilegítima, esto es con relación a ámbitos de competencia reservados.

²⁴ Como no podría ser de otro modo el carácter paradigmático de este ejemplo depende de brindar una interpretación igualitarista de la Constitución estadounidense. Quienes piensan que los derechos constitucionales deben ser interpretados de acuerdo con un paradigma libertario, verán el actuar de la Corte Suprema como legítimo y no lo considerarán un caso de obstrucción.

²⁵ Específicamente la Corte Suprema estadounidense estableció que una ley del Estado de Nueva York que limitaba la jornada laboral de los panaderos vulneraba la libertad individual de contratación.

²⁶ La era *Lochner* concluyó en 1937 con el dictado del fallo *West Coast Hotel Co. vs. Parrish*. En el mismo la Corte Suprema reconoció las facultades del gobierno para adoptar medidas que tuviesen por objeto regular la economía.

²⁷ Cfr. P. ANDRÉS IBÁÑEZ, «La independencia judicial y los derechos del juez», en A. SAIZ ARNAIZ (dir), *Los derechos fundamentales de los jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2012, 51.

Uno de los mecanismos más utilizados para producir la inhibición del poder judicial, por ejemplo, es el vinculado con la destitución de sus miembros. La reciente ley de reforma del consejo de la magistratura sancionada por el parlamento argentino puede llegar a convertirse en un ejemplo de mecanismo inhibitorio. La ley ha modificado la configuración del consejo —que es el órgano encargado de acusar a los jueces en caso de mal desempeño frente al Jurado de Enjuiciamiento— volviéndola eminentemente política. Aunque el consejo está constituido por jueces, académicos y legisladores, los únicos legitimados para proponer candidatos son los partidos políticos. Es probable que esto conduzca a que la mayoría de miembros del consejo tengan la misma orientación política que el partido gobernante, tanto en el ejecutivo como en el parlamento.

Dada la afinidad política que es dable esperar que se produzca entre el Ejecutivo y la mayoría parlamentaria con los miembros del Consejo de la Magistratura es también posible conjeturar que esto actuará como un mecanismo inhibitorio de las decisiones judiciales en cierto tipo de causas. En todos aquellos supuestos donde los jueces tengan que decidir en contra de medidas adoptadas por el Ejecutivo o la mayoría parlamentaria pesará sobre ellos la posibilidad de interferencia arbitraria por parte del Consejo lo que puede conducirlos a inhibirse para juzgar la actuación de los otros poderes estatales.

6.1.3. *Conducción*

En este supuesto un poder a través de acciones deliberadas provoca que otro poder adopte decisiones que se encontraban dentro de su ámbito competencial. Al igual que en el caso de obstrucción existe una acción deliberada —en lugar del mero poder de actuar— pero a diferencia de lo que allí sucede lo que aquí se busca es que el poder en el cual se interviene adopte una decisión con un contenido determinado en lugar de impedir que decida. La conducción se caracteriza por dos elementos: requiere la acción de un poder estatal y tiene por finalidad fijar el contenido de las decisiones que son competencia de otro poder.

Al igual que en el caso de la obstrucción, la mera acción de un poder para provocar que otro actúe no implica que el primero conduzca al segundo. Lo que caracteriza a la conducción es que el poder conductor fija el contenido de una decisión que corresponde adoptar a otro. Si, por el contrario, un poder provoca que otro adopte una decisión sobre un tema que le compete pero sin intentar incidir sobre el contenido de la misma, no estamos en presencia de un caso de conducción. Tal accionar, lejos de ser patológico, constituye un remedio para un peligro que quienes diseñaron el sistema de la división de poderes no alcanzaron a predecir: el de la inactividad indolente de una rama del poder estatal.

En efecto, como hemos visto, una de las justificaciones que tuvieron en mente quienes diseñaron el mecanismo de división de poderes fue la del reaseguro en contra de la tiranía. El peligro en contra del que intentaban protegerse era el de un poder unificado ejercido despóticamente. Para esto delinearon un sistema newtoniano de contrapesos en el que la actividad de un poder constreñía a la actividad de los dos restantes. No obstante, esto presuponía que todos los poderes tenían una tendencia a ejercitar sus

funciones y que al hacerlo corría el riesgo de que se transformasen en tiranos. No se les ocurrió pensar en el problema opuesto, esto es, que los poderes permaneciesen inactivos conduciendo a la ineficacia y al riesgo de tiranía de los poderes privados.

La lógica de la división de poderes ha llevado a que en aquellos sistemas enfermos por la inactividad de uno de los poderes del Estado sean los otros poderes quienes estimulen su actuación. La estimulación de la actividad de un poder por parte de otro, no obstante, no es equivalente a un acto de conducción, ya que lo característico de la estimulación es la provocación de la actividad de otro poder pero sin intentar incidir sobre el contenido de la decisión. Un poder lleva adelante acciones tendentes a que otro poder cumpla con sus funciones, pero sin intentar establecer cómo debe hacerlo. De esta manera, la división de poderes funciona como una herramienta para garantizar la eficacia estatal.

La actuación de la Corte Suprema argentina en el caso *Mendoza* es un ejemplo claro de estimulación de la actividad de un poder por parte de otro sin conducción²⁸. Frente a la demanda de un grupo de ciudadanos en contra del Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad de Buenos Aires²⁹ para que remediasen la situación de contaminación existente en la cuenca Matanza-Riachuelo, la Corte Suprema argentina ordenó a las partes demandadas que presentasen un plan de saneamiento ambiental que satisficiera ciertos objetivos³⁰. Como consecuencia de esta sentencia el Congreso de la Nación sancionó la Ley 26.168 por la que se creó la Autoridad de la Cuenca Matanza-Riachuelo, cuya función fue la de prevenir y remediar el daño ambiental³¹. Lo importante del caso es que la Corte Suprema estimuló al parlamento para que cumpliera con su función, pero dejó en sus manos y en las del ejecutivo elaborar el plan de saneamiento ambiental. Expresamente la sentencia señala que queda a salvo «lo que corresponde al ámbito de discrecionalidad de la administración» en lo que se refiere a la «determinación de los procedimientos para perseguir los resultados y cumplir con los mandatos» y los objetivos fijados.

La República Argentina también sirve para ejemplificar en qué consiste la conducción de un poder por otro. Las acciones llevadas a cabo por el Poder Ejecutivo durante las presidencias de Carlos Menem en la década de los noventa con el objeto de lograr el alineamiento de las decisiones de la Corte Suprema con las políticas presidenciales son un caso claro de conducción del Poder Judicial por parte del Ejecutivo. La más visible de estas acciones —aunque no la única— consistió en alterar el número de miembros de la Corte y designar ministros adictos y aliados a la presidencia. Aquí no se trató

²⁸ CSJN, «Mendoza, Beatriz Silvia y otros C/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios», decisión del 20 de junio de 2006, *Fallos*, 239:2316.

²⁹ También fueron demandadas cuarenta y cuatro empresas.

³⁰ La sentencia señala: «El objeto decisorio se orienta hacia el futuro y fija los criterios generales para que se cumpla efectivamente con la finalidad indicada, pero respetando el modo en que se concreta, lo que corresponde al ámbito de discrecionalidad de la administración. De tal modo, el obligado al cumplimiento deberá perseguir los resultados y cumplir los mandatos descriptos en los objetivos que se enuncian en la presente, quedando dentro de sus facultades la determinación de los procedimientos para llevarlos a cabo». Los objetivos que la sentencia fijaba para el plan de saneamiento eran: «1) la mejora de calidad de vida de los habitantes de la cuenca; 2) la recomposición del ambiente en la cuenca en todos sus componentes (agua, aire y suelos), y 3) la prevención de daños con suficiente y razonable grado de predicción».

³¹ La Provincia de Buenos Aires y la Ciudad de Buenos Aires dictaron con posterioridad sus propias leyes adhiriéndose a la ley federal.

simplemente de provocar que la Corte decidiese, sino de incidir indebidamente en el contenido de sus decisiones³².

6.1.4. *Congraciamiento*

En esta patología el poder de interferencia que un poder estatal tiene sobre las decisiones de otro provoca que este último adopte decisiones que considera pueden ser del agrado del primero. Al igual que en los casos de conducción, el resultado es que un poder del Estado incida sobre el contenido de las decisiones que son competencia exclusiva de otro poder. Lo que cambia es el mecanismo por el cual esto se produce. El congraciamiento, a diferencia de la conducción, no requiere que un poder actúe de manera deliberada interfiriendo en el otro, sino que basta que tenga el poder de interferencia y que esto sea conocido. La mera posibilidad de interferencia es lo que determina que un poder intente congraciarse con otro alineando sus decisiones con las preferencias de este último.

Al igual que en el supuesto anterior, que el poder de interferencia que un órgano tiene sobre otro provoque que este otro actúe no basta para que estemos en presencia de un caso de congraciamiento. Para que se dé este último es necesario que la influencia de este poder de interferencia sea decisiva para que un órgano adopte decisiones que son de su exclusiva competencia. Si esto no sucede, entonces estamos en presencia de un caso en que la actuación de un poder es estimulada por la posibilidad de que otro interfiera, pero el contenido de su decisión sigue estando bajo su exclusivo control. Este mecanismo no es patológico sino que constituye una de las herramientas del sistema para evitar la inactividad y la ineficacia del gobierno.

Esto queda claro si modificamos levemente el ejemplo dado en el apartado anterior. Si el Congreso argentino antes de que la Corte Suprema dictase sentencia y previendo la posibilidad de que lo hiciese, hubiese dictado una legislación de saneamiento ambiental, tal supuesto no sería un caso de congratulación que lamentar. Este es el caso, toda vez que el poder de interferencia de la Corte no suplantó el poder de decisión del parlamento sino que, por el contrario, lo estimuló a ponerse en movimiento.

Si se hacen ligeras modificaciones al segundo caso que hemos ofrecido con anterioridad también es posible utilizarlo como un ejemplo de congratulación. Si la Corte Suprema sin que mediase ninguna acción directa del Poder Ejecutivo hubiese comenzado a alinear sus dictámenes con las políticas presidenciales y lo hubiese hecho debido al poder que detentaba el Ejecutivo y el parlamento para alterar su número de miembros, se estaría en presencia de un caso de congratulación. La posibilidad de interferencia de un poder sobre otro ha incidido indebidamente en el contenido de sus decisiones.

El carácter invisible del congraciamiento lo hace especialmente peligroso. Esto porque no sólo puede ser invisible para la ciudadanía sino incluso para quien detenta el poder de interferencia. En un sistema político donde, por ejemplo, el Poder Ejecutivo puede influir en la configuración de la Corte Suprema o de la judicatura en general,

³² *Vid.*, entre otros muchos, H. VERBITSKY, *Hacer la Corte. La construcción de un poder absoluto sin justicia ni control*, Buenos Aires, Planeta, 1993.

la congratulación se dará con total independencia de quien ocupa dicho poder. Aun si quien ocupa el cargo es alguien que se opone a que el Poder Ejecutivo ejerza esta influencia, la mera posibilidad de interferencia determinará que la judicatura intente congraciarse encolumnándose detrás de sus políticas.

6.2. La invasión de un poder estatal por agentes privados

Una característica distintiva de las injerencias de los poderes privados sobre los poderes públicos es que, a diferencia de lo que sucede con las realizadas por un poder público sobre otro, todas ellas son ilegítimas o patológicas. El diseño institucional de la división de poderes no tiene por objetivo permitir la influencia de los poderes privados sobre el gobierno, sino garantizar su eficiencia —en parte garantizando que estos poderes no tomarán el control del poder político— e impedir el surgimiento de un poder público despótico. En consecuencia, cualquier injerencia del poder privado en su funcionamiento debe ser vista como una patología.

La idea que subyace a lo señalado en el párrafo anterior es que pueden distinguirse dos tipos de influencia de los agentes privados sobre los órganos del Estado. El primer tipo de influencia es el que ejercen los ciudadanos a través del voto y de la expresión pública de sus opiniones. Que los ciudadanos sean capaces de desafiar o controlar las decisiones adoptadas por el poder Estatal es una garantía de la legitimidad del sistema político. El segundo tipo de influencia es la ejercida por grupos privados en base al poder económico y el tráfico de influencias. Esta influencia sobre los poderes estatales es arbitraria y debe ser distinguida cuidadosamente de la primera³³.

6.2.1. Entorpecimiento

Este supuesto se configura cuando un agente privado utilizando su poder social, económico, etc., interfiere de manera deliberada con el objeto de impedir que un poder estatal adopte una decisión que cae bajo el ámbito de su competencia. El entorpecimiento es similar a la obstrucción y al igual que esta se caracteriza por dos elementos: la existencia de interferencia efectiva y el objetivo de impedir. Lo que cambia es la calidad del agente que lleva adelante la interferencia.

Un ejemplo de este tipo de situación se produce cuando un agente privado a través del ofrecimiento de incentivos —negativos o positivos— intenta impedir que el Poder Judicial prosiga una investigación en su contra. La causa se paraliza impidiendo que se adopte una decisión absolutoria o condenatoria. Un caso concreto de denuncia de entorpecimiento puede encontrarse también en la República Argentina. Se trata de la

³³ Esta distinción que consideramos básica ha sido puesta en entredicho por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Citizens United vs. Federal Election Commission*. En esta sentencia del año 2010 la Corte declaró inconstitucional una ley federal que regulaba los aportes económicos a las campañas políticas. El fundamento del resolutorio sostuvo que la Primera Enmienda —que protege la libertad de expresión— confería un derecho a las empresas para aportar sumas ilimitadas de dinero a los candidatos que apoyasen. La influencia ejercida por el dinero se equipara peligrosamente con la ejercida por las opiniones vertidas por los ciudadanos y se concede a ambas la protección de la Primera Enmienda.

denominada «Causa Clarín» en la que se investiga la existencia de lavado de dinero por parte de este grupo empresario. La causa se inició en el año 2008 por una denuncia del vicepresidente del banco JP Morgan, Hernán Arbizu. El mismo Arbizu ha sostenido que la causa se encuentra «paralizada» por las presiones que el grupo económico ha ejercido sobre el juez y el fiscal interviniente³⁴.

6.2.2. *Abstención*

En la abstención, a diferencia de lo que sucede en el entorpecimiento, no es necesario que los poderes privados ejecuten actos de interferencia ilegítima sino que basta que tengan el poder de interferir sobre las decisiones que caen bajo el ámbito de competencia de los poderes públicos. Que un agente privado detente el poder necesario para interferir produce que alguno de los poderes del Estado se abstenga de adoptar decisiones que son parte de su competencia funcional.

Un caso de abstención es el supuesto donde el poder legislativo evita adoptar medidas que puedan afectar a aquellos grupos económicos que han financiado —y es dable esperar que continúen haciéndolo— las campañas y los partidos políticos. La abstención no se produce porque medie una amenaza de retirar las contribuciones o un ofrecimiento de hacerlas, sino que es la mera posibilidad de que esto suceda lo que hace que el legislativo se abstenga de adoptar ciertas decisiones. Un agente privado puede provocar la abstención de un poder del Estado, con total independencia de que sea su intención hacerlo. Más aun, puede provocarla incluso si su intención es exactamente la contraria, esto es, si tiene la firme decisión de no interferir. Esto muestra su especial grado de peligrosidad como patología del sistema.

Lo que ha sido dicho con relación al legislativo, también es aplicable al ejecutivo y al judicial. De allí la importancia que tiene diseñar mecanismos institucionales que permitan inmunizar a los tres poderes del Estado de las presiones de los poderes privados. Aun si no hay constancia de que haya existido ningún acto de presión efectiva, si existe la posibilidad de que dicha presión se ejerza, eso basta para que la abstención se produzca. Si existe la posibilidad de que los poderes privados presionen a los poderes públicos, el hecho de que no existan actos de presión efectiva puede ser la prueba más palpable de que la injerencia del poder privado en el funcionamiento de los poderes públicos está teniendo lugar. Como el mecanismo de abstención está funcionando, no es necesario que los agentes privados recurran a acciones efectivas de entorpecimiento.

6.2.3. *Colonización*

Para que exista colonización de un poder público por agentes privados es necesario que éstos lleven adelante actos de interferencia cuyo objetivo sea provocar que el

³⁴ En declaraciones a TELAM, ARBIZU señaló: «Es pura decisión del juez y del fiscal empujar o no empujar el expediente». Agregó además que «no se les permitió participar en la causa ni a la AFIP y a la UIF (Unidad de Investigaciones Financieras)». Refiriéndose a la actuación del fiscal Guillermo Marijuan, se lamentó de que «no haya tenido ni tenga la misma celeridad» para impulsar esta causa que la que ha mostrado en otras. Señaló: «Es una lástima porque podría haber evitado que 70 millones de dólares se fueran del país a través de la fuga de capitales». Vid. <http://www.telam.com.ar/notas/201305/16727-bernan-arbizu-aseguro-que-la-causa-por-lavado-contra-clarin-no-avanza-por-presiones-al-juez-y-al-fiscal.html> (consultado el 14 de junio de 2013).

poder colonizado adopte decisiones específicas que se encuentran bajo su ámbito de competencia. Al igual que en el caso de entorpecimiento se trata de acciones deliberadas de interferencia —y no del mero poder de llevarlas adelante— pero a diferencia de lo que sucede en el entorpecimiento el objetivo aquí es que el órgano gubernamental adopte una decisión con cierto contenido. Los actos de colonización son actos de interferencia efectiva ejecutados por poderes privados cuya finalidad es determinar el contenido de las decisiones que son competencia de un poder público.

Los mecanismos de colonización son múltiples. Un caso típico es el mecanismo comúnmente conocido como «puerta giratoria». Tal mecanismo consiste en la incorporación de empleados de empresas y grupos de presión como funcionarios y miembros de los poderes públicos y viceversa, la incorporación de ex funcionarios públicos a empresas privadas (generalmente como lobbistas). Si un grupo de presión busca que sus empleados se transformen en funcionarios para que adopten algún tipo de decisión específica que favorece sus intereses, estamos en presencia de un claro caso de colonización. Lo mismo sucede si el grupo de presión hace saber a los funcionarios actuales que si adoptan cierto tipo de decisiones —favorable a sus intereses— tendrán grandes posibilidades de convertirse en colaboradores o empleados del grupo cuando cesen en sus funciones.

En los casos de entorpecimiento y abstención el sistema es patológico porque debido a su inactividad el poder político no puede cumplir adecuadamente sus funciones, entre ellas la de controlar a los poderes privados. No existe el riesgo de que los ciudadanos sufran un poder político despótico, pero en cambio sí existe el peligro de que, debido a la parálisis estatal, caigan presa de un poder privado despótico. En los casos de colonización la situación es todavía más preocupante. Aquí no sólo existe el riesgo de una tiranía privada sino adicionalmente existe el peligro de que los poderes públicos —si son colonizados por los mismos grupos de presión— dejen de controlarse recíprocamente y se transformen en un aparato coercitivo despótico al servicio de intereses privados. Por este motivo, aunque es necesario contar con herramientas institucionales que prevengan el entorpecimiento y la abstención es mucho más importante contar con herramientas que eviten la colonización.

6.2.4. *Adaptación*

Aquí no existe un acto de interferencia por parte de los actores privados. No obstante, su poder de interferencia sobre las decisiones de un órgano estatal determina que éste adopte aquellas decisiones que considera que no provocarán la interferencia efectiva. Produce la adopción de decisiones que son acordes con los intereses de los grupos de presión, aun si estos no realizan en el caso concreto acto de presión alguno. A semejanza de lo que sucede en la colonización, la consecuencia que se produce es que los poderes privados incidan sobre el contenido de las decisiones públicas pero, a diferencia de lo que allí sucede, el mecanismo por el que se alcanza este resultado no requiere de ningún acto de interferencia.

Un poder público intenta armonizar sus decisiones con el poder privado cuando adopta las decisiones que son de su competencia con el objetivo de evitar la interferencia de la que este último es capaz. Si un juez resuelve un caso de modo favorable a un

grupo económico, porque piensa que si actúa de otro modo será objeto de represalias, estamos en presencia de un caso típico de adaptación. Si hubiese recibido amenazas por parte del grupo económico, el supuesto sería un caso de colonización, pero si lo que lo mueve a actuar es simplemente la posibilidad de sufrir interferencias, entonces de lo que se trata es de adaptación. El mismo mecanismo puede servir para que el poder político —corporizado en el Legislativo y el Ejecutivo— quede sujeto a las injerencias del poder privado.

Si la colonización es una patología peligrosa, la adaptación lo es aún en mayor medida. El riesgo que se corre cuando los mecanismos de adaptación están funcionando es que —al igual que en el caso de la colonización— se desemboque en una tiranía política al servicio de intereses privados. No obstante el peligro es mayor toda vez que en los supuestos de adaptación los mecanismos de influencia pueden ser invisibles no sólo para la ciudadanía sino también para el poder privado a quien el poder político adapta sus decisiones. Los mecanismos de adaptación pueden producir como resultado que exista un poder político domesticado y subordinado a los intereses de los grupos de presión, aun en el supuesto de que estos no hayan realizado ningún acto de interferencia y tengan la firme disposición de no llevarlos a cabo en el futuro. Podría darse el caso de agentes privados poderosos, profundamente respetuosos de los poderes públicos, sin ninguna voluntad para interferir en su funcionamiento, que de no removerse su poder de interferencia provocarían adaptación.

7. CONCLUSIÓN

La división de poderes es un mecanismo tan necesario como frágil. Puede ser corrompido por múltiples patologías de diverso grado de gravedad que no siempre disponen de una solución fácil o efectiva. Las patologías que sólo requieren del poder de interferencia arbitraria de otros agentes en el funcionamiento de los poderes del Estado —Inhibición, Congraciamiento, Abstención y Adaptación— son más peligrosas que aquellas que se producen por la interferencia efectiva. En todos estos supuestos el peligro radica en que la injerencia sea imperceptible para los ciudadanos y hasta para aquellos que la practican. Esta imperceptibilidad dificulta que el problema pueda ser identificado y, consecuentemente, corregido. Algunos indicadores usuales de que el sistema se encuentra funcionando de manera adecuada —por ejemplo, que no existan denuncias de avances indebidos sobre los poderes públicos— pueden simplemente deberse a que estos mecanismos invisibles se encuentran funcionando en la sombra. Puede ser que un poder del Estado o un grupo de presión no necesiten realizar actos de domesticación de otro poder estatal simplemente porque la mera posibilidad de interferencia ha producido tal domesticación.

De modo semejante, las patologías que implican el uso del poder coercitivo del Estado para promover los intereses particulares de los grupos de presión —Colonización y Adaptación— son más peligrosas que aquellas en donde los poderes privados impiden que algún poder del Estado cumpla su función o en aquellas donde un poder público influye indebidamente sobre otro. Un poder político tiránico utilizado para promover los intereses sectarios de un grupo de presión es el peor mal que puede aquejar a una república.

Ambas consideraciones conducen a una conclusión altamente plausible. Aunque todas las patologías de la división de poderes son graves, una de ellas lo es en un sentido mayor. La adaptación es doblemente riesgosa y para evitarla deberían extremarse las medidas institucionales. En primer lugar, es invisible, ya que sólo requiere del poder de interferencia indebida. En segundo lugar, provoca que los poderes públicos se encolumnen detrás de los intereses de los grupos de presión. La gravedad de esta patología se magnifica cuando el afectado es el poder judicial dado su carácter de último garante de los derechos individuales. Una república cuyos jueces malean el derecho para adaptarlo servilmente a los intereses de los poderosos mientras son inflexibles en la aplicación de la ley a los débiles no es más que una patética parodia.