

**INDEPENDENCIA JUDICIAL Y DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL:
LECCIONES DE LA EXPERIENCIA NORTEAMERICANA***

Robert A. Burt**

El profesor Burt intenta demostrar que no es compatible con el Estado democrático la existencia de un poder judicial supremo e independiente. Todos los poderes del Estado deben tener igual poder y ser interdependientes. Explora su hipótesis en la historia constitucional norteamericana, para finalizar proponiendo algunos paralelos con la experiencia chilena.

Los Estados Unidos han hecho dos contribuciones características a la ciencia política: la idea de una constitución escrita como carta fundamental de gobierno, y la de un cuerpo de jueces inamovibles de por vida como intérpretes de las garantías constitucionales. Mi país también es característico desde otro punto de vista: es la democracia en funcionamiento continuo más antigua de occidente (y, dependiendo de las definiciones, la más antigua del mundo). Por ello se entiende que muchas personas, buscando aprender de la experiencia norteamericana, lleguen a la conclusión que la democracia está causalmente relacionada con el constitucionalismo y con un poder judicial independiente. Estos elementos están en efecto relacionados, pero sólo de una manera muy compleja.

Permitidme resumir brevemente algunas de las complejidades como yo las veo: un resumen tomado de un libro que recién he terminado, The Constitution in Conflict.¹ El punto de partida para comprender la experiencia norteamericana está en definir qué entendemos por democracia. Tomo como mía la definición ofrecida por Abraham Lincoln: "Ningún hombre es lo suficientemente bueno como para gobernar a otro sin el consentimiento de éste. Este es el principio más importante, el verdadero anclaje del

* Este artículo está basado en conferencias dictadas el 30 de julio de 1991 en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, y el 8 de agosto del mismo año en la Escuela de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. El título original en inglés es "Judicial Independence and Constitutional Democracy: Lessons from the United States Experience". La traducción es responsabilidad de la revista *Derecho y Humanidades*.

** Profesor de derecho constitucional de la cátedra Southmayd, Universidad de Yale. Director de la revista *Derecho y Humanidades*.

¹ Pronta publicación, Harvard University Press.

republicanismo norteamericano."² Esta concepción de la democracia es diferente de la regla de la mayoría, y más exigente que ésta. En virtud de esta definición sólo existe democracia en cuanto la minoría consienta ser gobernada por la mayoría. En términos prácticos, este consentimiento es probable que sólo exista si la minoría percibe sus derrotas electorales como relativamente insignificantes o meramente temporales. Si la minoría se mira a sí misma como carente de poder en forma permanente, o si la minoría estima algún particular asunto político como de tal urgente importancia que no puede tolerar una derrota electoral en relación a este punto, entonces la minoría no ha consentido en ser gobernada por la mayoría; y el principio democrático es consecuentemente violado.

Así entendida la base consensual de la democracia, es claro que ningún estatuto de garantías (Bill of Rights) es suficiente para proteger a la minoría en contra de la tiranía de la mayoría. Sin duda, algunas medidas formales constituyen una protección necesaria -especialmente los derechos a la libertad de expresión, libertad de prensa y libre acceso al proceso político, generalmente en orden a asegurar a la minoría la posibilidad de buscar reparación a las ofensas sufridas. Estos derechos a la expresión y organización políticas son, en efecto, garantías de que la minoría derrotada tendrá una oportunidad equitativa (a fair opportunity) para persuadir a otros de forma tal que pueda transformarse en una mayoría. Pero es posible que aun en el debate político más libre y abierto imaginable la minoría pierda. Salvo que la minoría esté realmente preparada a aceptar esta derrota conclusiva, el principio democrático del consentimiento es violado.

Imaginemos -para hacer más concretas estas abstracciones- que la mayoría trata a la minoría como esclavos, forzándolos a trabajar sin retribución alguna y tomando en custodia a sus hijos. Imaginemos que a la minoría esclava se le permite protestar por su esclavitud a través de los medios de comunicación y en demostraciones públicas y que los esclavos tienen derecho pleno a votar; y que, después de una acalorada campaña política, la mayoría vota por perpetuar el estatuto de esclavitud de la minoría. Las reglas democráticas del debate libre y de "un hombre/un voto" habrían sido respetadas; y, sin embargo, el principio básico del autogobierno habría sido indiscutiblemente violado.

² Discurso del 16 de octubre de 1854, Basler, Roy, ed., *Collected Works of Abraham Lincoln*, Rutgers University Press, V. 2, 266 (1953), New Brunswick.

Pero es en este punto que podemos acudir a un poder judicial independiente -o al menos así es reclamado por muchos estudiantes de la experiencia constitucional norteamericana- para proteger a esta minoría en contra de la esclavitud. La propias cortes de los Estados Unidos han hecho este reclamo: que ellas no sólo protegen los derechos procedimentales de la minoría a la participación electoral, sino que también garantizan que la minoría no sea esclavizada, sino tratada como igual por la mayoría. Éste es -según demandan los defensores de la autoridad judicial- el mandato de la decimocuarta enmienda de nuestra constitución, la que garantiza la "igual protección de las leyes" (equal protection of the laws) a toda persona. Sin embargo, en la protección judicial del ideal igualitario existe un problema, una profunda paradoja. El problema es que si el poder judicial revoca la derrota electoral sufrida por la minoría esclavizada, la mayoría estaría al menos autorizada para alegar que el mismo poder judicial ha violado el principio democrático tal como Lincoln lo enunció, "que ningún hombre es lo suficientemente bueno como para gobernar a otro sin el consentimiento de éste." Aún más, la mayoría probablemente se verá a sí misma, y estará legitimada para ello, como esclavizada por la minoría y sus aliados judiciales.

Permitidme nuevamente dar un ejemplo concreto para ilustrar el problema abstracto. Digamos que en la campaña electoral original, la mayoría impone a la minoría un impuesto a la renta fuertemente progresivo, con una tasa de 95% a las rentas del 10% más rico de la población, y sólo del 5% a las rentas del resto. La minoría perdedora alegaría -comprensiblemente- que la mayoría la ha forzado a trabajar sin retribución. Al mismo tiempo, la mayoría vota por reclutar a todos los niños entre catorce y dieciocho años a un cuerpo nacional destinado a trabajar en proyectos de desarrollo agrícola para pobres en áreas rurales, sin compensación alguna salvo alimentación, alojamiento y vestido. Nuevamente la minoría perdedora alega -comprensiblemente- que la mayoría tiene la custodia de sus hijos, y de hecho los ha esclavizado.

¿Ha sido la minoría tratada realmente en forma inequitativa? ¿Ha sido esclavizada por el alto impuesto o el servicio obligatorio en el cuerpo nacional? ¿Y si la mayoría alega que aun reteniendo el 5% de su ingreso bruto, la minoría más rica sigue teniendo muchos más recursos que el resto de la población y que, además, ha obtenido estos mayores recursos sólo mediante la prolongada explotación de la clase trabajadora? ¿Qué si la mayoría alega que el servicio obligatorio de cuatro años para la juventud es una obligación patriótica o, más estrechamente, está justificado como compensación por la educación pública gratuita que la mayoría dio

a todos los niños entre los cuatro y los catorce años de edad? Desde la perspectiva de la mayoría, el alto impuesto y el servicio obligatoria son necesarios para asegurar que la minoría no tome de la mayoría ventajas inequitativas y sin retribución -esto es, para evitar una forma de esclavitud de la mayoría por la minoría.

Desde mi punto de vista, no hay criterios objetivos mediante los cuales estas demandas contrapuestas de igual tratamiento o esclavitud puedan ser resueltas. Salvo que la partes en contienda puedan llegar a algún acuerdo entre ellas, cualquier resolución -tanto por la regla de mayoría como por la protección constitucional de los derechos de la minoría- viola el principio democrático básico del gobierno por el consentimiento de los gobernados. Dicho en otras palabras, el principio democrático sólo se halla protegido cuando la sociedad entera está comprometida en un ethos de acomodación mutuo -sólo cuando nadie está satisfecho con decisión política alguna sino en cuanto todos estén más o menos satisfechos.

Ninguna constitución escrita puede garantizar la existencia de este ethos democrático. Ningún poder judicial puede reforzarlo. Pero si este ideal de un básico respeto mutuo no es apreciado y practicado en la sociedad, la democracia no puede existir. La sociedad estaría gobernada por la coacción -tome esta tiranía la forma de la regla de la mayoría o la de la minoría.

Sin embargo, una constitución puede proveer mecanismos institucionales formales que hagan más fácil este ethos de acomodación mutua. Y el poder judicial en particular puede promover activamente este ethos, mediante el uso cuidadoso y hábil de su autoridad para declarar inconstitucionales leyes aprobadas mayoritariamente. Los mecanismos constitucionales formales pueden crear múltiples oportunidades para proteger sus intereses a las minorías disconformes; este es el efecto del esquema de "controles y contrapesos" ("checks and balances") de la constitución de los Estados Unidos en las complejas relaciones entre el presidente y el congreso; dentro del congreso, entre el senado y la cámara de representantes; y entre el gobierno nacional y los gobierno estatales.

El rol del poder judicial en la promoción de la acomodación mutua es menos obvio. Y por mucho tiempo la Corte Suprema de los Estados Unidos no ha concebido su función de este modo, sino que, en cambio, ha estado dispuesta a imponer su voluntad sobre una mayoría contraria. La Corte violó así el principio democrático antes de nuestra Guerra Civil, cuando resolvió en 1857 que el congreso no podía prohibir la esclavitud en los territorios

nacionales que no se hubieran organizado como estados.³ La Corte violó asimismo el principio democrático en una serie de decisiones entre la década de los 90 (siglo pasado) y la de los 30, cuando invalidó un sinnúmero de leyes de regulación económica que establecían, por ejemplo, jornadas máximas e ingresos mínimos para los trabajadores o que prohibían el trabajo de los niños.⁴ Más recientemente, la Corte violó el principio democrático cuando en 1973 falló que los estados no podían restringir la posibilidad del aborto en el primer trimestre del embarazo.⁵

Sin embargo, ha habido otras ocasiones en la historia de los Estados Unidos, en que la Corte ha estado más atenta al ethos democrático y a su rol de fomentar dicho ethos en vez de intentar simplemente imponer su voluntad a adversarios políticos. El más claro ejemplo moderno de esta actitud judicial es la respuesta de la Corte Suprema en las décadas de los 50 y 60 a las leyes de segregación racial. En Brown v. Board of Education, la Corte resolvió que las leyes de segregación eran inconstitucionales, pero simultáneamente se negó a dictar medidas para ejecutar esta decisión.⁶ En cambio, la Corte conscientemente inició un proceso deliberativo en orden a atraer a otras instituciones de gobierno - especialmente al congreso federal y al presidente- y a incitar a los adversarios inmediatos, blancos y negros del sur, a alcanzar ellos mismos una relación política mutuamente aceptable.

En mi próximo libro, reviso en detalle estas diversas decisiones judiciales -aquellas que violan y aquellas que fomentan el ethos democrático de acomodación mutua-. De mi extensa discusión sobre el rol del poder judicial en la interpretación constitucional, surge la siguiente generalización: es erróneo concebir al poder judicial como supremo e independiente respecto de las demás instituciones de gobierno en la interpretación de la constitución. Esta visión del poder judicial, como supremo e independiente, es la concepción convencional dominante hoy en día. Cuando observadores de otros países sacan lecciones de la experiencia norteamericana sobre el rol del poder judicial en la

³ *Dread Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1957).

⁴ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905); *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918); *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923).

⁵ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁶ *Brown I*, 347 U.S. 483 (1954); *Brown II*, 349 U.S. 294 (1955).

preservación de la democracia y el gobierno constitucional, la supremacía e independencia son los elementos que imaginan característicos. Pero esto es erróneo. Tanto por razones de principio como por la práctica, es más correcto concebir al poder judicial de los Estados Unidos no como supremo, sino como igual a las demás instituciones de gobierno en la función de interpretar la constitución; y no como independiente, sino como interdependiente con aquellas instituciones.

La igualdad del poder judicial con otras instituciones no significa que las cortes estén subordinadas a las instituciones elegidas. Muchos constitucionalistas norteamericanos contemporáneos argumentan a favor de un status subordinado, sobre la base que los jueces están obligados a ceder ante la regla de mayoría y que sólo pueden invalidar la legislación en los muy limitados casos en que una mayoría de votantes ha aprobado con anterioridad una prohibición constitucional explícita y específica.⁷ Esta concepción del rol judicial identifica erróneamente la regla de mayoría con el principio democrático. Sin embargo, como ya he sugerido, el principio democrático descansa en una concepción igualitaria del auto gobierno consensual, no en una regla de mayoría como tal. La propia constitución de los Estados Unidos abraza esta concepción, más explícitamente en la decimocuarta enmienda que garantiza a todas las personas la igual protección de las leyes; y este principio democrático se aplica a todas las leyes, no simplemente a un grupo de circunstancias particulares queridas por los autores de la constitución (tal como las relaciones entre negros y blancos).

¿Pero cómo puede el poder judicial aplicar este principio democrático de igualdad sin caer en la paradójal trampa que he identificado de proteger a la minoría esclavizando a la mayoría? Brown v. Board of Education nos muestra el camino. El poder judicial debería invalidar las leyes aprobadas por la mayoría que la minoría viera como intolerablemente esclavizantes; pero el efecto de esta invalidación debería estar cuidadosamente limitado al punto de no imponer la voluntad de la minoría por sobre la mayoría, sino a forzar a la mayoría y la minoría a buscar una relación diferente, con mayor respeto mutuo y, por lo tanto, más igualitaria. La corte no ejerce esta fuerza mediante la imposición de su voluntad a las partes o la dictación de su definición de

⁷ Como ejemplos destacados de esta tesis, ver Bork, Robert, *The Tempting of America*, Free Press, New York (1990); Scalia, Antonin, "Originalism: The Lesser Evil" 57 *University of Cincinnati Law Review* 849 (1989).

igualdad en la relación de éstas. En cambio, la corte reabre la disputa e impone a lo menos un empate temporal entre las partes. Al dar esta ventaja adicional a la minoría previamente derrotada, la corte aumenta la estatura moral pública de la minoría, así como su capacidad práctica de negociación legislativa. De esta forma, la corte actúa para promover el principio democrático presionando a los adversarios políticos a alcanzar una acomodación mutuamente satisfactoria, principalmente a través de su interacción con otras instituciones, electoralmente sensibles.

En esta compleja intervención, la corte tiene una relación con las otras instituciones que no es ni de supremacía ni de subordinación. Tal como la relación democrática entre la mayoría y la minoría políticas que la corte intenta proteger, la corte es igual a -y no más que igual a- las otras instituciones. Esto es, la corte no puede imponer su voluntad a las otras, pero tampoco pueden éstas imponer coactivamente su voluntad a la corte. En cambio, cada parte -corte y legislatura, minoría y mayoría- está habilitada a imponer un empate a la otra y luego persuadirla (o lisonjearla o intimidarla) a acordar una solución satisfactoria para ambas.

Este no es el tipo de relación ordenada que muchos abogados y constitucionalistas se sienten cómodos en describir. No hay líneas claras de autoridad jerárquica en esta relación. Los distintos poderes de las diferentes ramas de gobierno no pueden ser llevadas a un organigrama. Pero la verdadera confusión, la competencia de autoridades sobrepuestas, la gran complejidad de estas relaciones institucionales, son las características que la definen como democrática. Es posible definir las relaciones políticas en términos claros de autoridad normativa jerárquica; pero tales definiciones son autoritarias, no democráticas (aunque la autoridad normativa final descansa claramente en una mayoría de votantes, una mayoría de jueces o una mayoría en una junta militar).

Como ya he señalado, en la experiencia de los Estados Unidos las cortes han ignorado a menudo el principio democrático, hablando como si tuvieran la autoridad normativa última, como si tuvieran la autoridad suprema y no simplemente igualitaria en la interpretación constitucional. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha dado rienda suelta a este capricho típicamente cuando una mayoría de ministros ha creído que el conflicto político es tan intenso que no hay posibilidad de que los adversarios puedan alcanzar una acomodación mutua y que, por el contrario, están dispuestos a subyugarse uno a otro coercitivamente. Los ministros creyeron esto en 1857, cuando intentaron dar una victoria prioritaria a uno de

los lados en la disputa entre el Norte y el Sur en relación a la esclavitud territorial; creyeron lo mismo a fines del siglo diecinueve cuando intentaron dar la victoria a los empleadores en sus conflictos con las clases trabajadoras; y lo creyeron de nuevo en los años 70, en relación a la disputa sobre la moralidad y legalidad del aborto. En todas estas disputas los ministros pueden haber estado en lo correcto. La Guerra Civil puede haber sido inevitable en 1857, asimismo la lucha de clases en los 70 y, en nuestro tiempo, la lucha moral. Y mediante el uso del litigio constitucional para imponer la voluntad de un adversario sobre el otro, una corte puede tener éxito en impedir el estallido de una violencia abierta entre las partes. Pero cualesquiera sean los argumentos posibles en favor de una resolución judicial impuesta sobre materias de candente disputa política, debe ser reconocido que dicha resolución impuesta -al igual que sucede en la propia guerra subyugante- necesariamente viola el principio democrático.

Por otra parte, la experiencia de los Estados Unidos no demuestra que en términos prácticos un poder judicial supremo e independiente pueda detener la guerra civil abierta y así preservar los valores democráticos. Y esto no sólo por el obvio fracaso de la Corte en 1857 para impedir la guerra civil. En otras ocasiones el poder judicial de los Estados Unidos ha tenido mayor éxito en impedir el conflicto civil o en sostener los valores democráticos (dos metas que no son idénticas y que frecuentemente pueden estar en conflicto entre sí). Pero cualquiera sea el éxito que las cortes de los EE.UU. hayan tenido en estos esfuerzos, sus logros no descansan en la supremacía o independencia constitucional del poder judicial. Esto se debe a una simple razón: que bajo la Constitución de los EE.UU. el poder judicial no es ni supremo ni independiente en relación con las otras ramas del gobierno nacional. Por los términos de la carta constitucional, el poder judicial es claramente dependiente de las otras ramas en a lo menos tres puntos: su composición, su jurisdicción y su capacidad práctica para hacer cumplir las resoluciones (imperio).

En cuanto a su composición, la Constitución sólo prescribe el establecimiento de una corte suprema; sin embargo, no especifica el número de ministros que deben integrar la corte. En conformidad con esto, en el siglo diecinueve el Congreso usó en varias oportunidades su autoridad para aumentar o disminuir el tamaño de la Corte, con objeto de alcanzar metas manifiestamente políticas. En el siglo veinte el Presidente Franklin Roosevelt amenazó con hacer lo mismo y estuvo a punto de tener éxito, hasta que la propia Corte lo satisfizo suficientemente como para hacerlo abandonar su

amenaza.⁸ Además de garantizar la existencia de esta única corte suprema, la Constitución da al Congreso autoridad para crear tantas o tan pocas cortes federales como estime conveniente. Esto da al Congreso una considerable capacidad para ejercer control sobre la conducta judicial, particularmente mediante la creación de cortes federales especializadas para conocer de materias específicas, integradas por jueces especialmente designados en razón de su ideología o afiliación política. En varias ocasiones en el presente siglo, el Congreso (conjuntamente con el Presidente) ha usado esta atribución para crear cortes federales especializadas con objeto de implementar leyes de regulación económica o de derechos civiles (civil rights laws), pasando así por sobre los jueces federales vitalicios, que son generalmente reconocidos como hostiles a tales implementaciones.⁹

La Constitución también autoriza explícitamente al Congreso para controlar la jurisdicción no sólo de las cortes federales inferiores que puede crear, sino también de la misma Corte Suprema. En el siglo diecinueve el Congreso usó esta facultad para quitarle a la Corte Suprema jurisdicción sobre un caso pendiente para su conocimiento, el cual planteaba interrogantes respecto a la constitucionalidad de leyes de ocupación militar posteriores a la Guerra Civil; y la Corte, en una decisión que nunca ha sido controvertida, estimó que el Congreso tenía tal autoridad.¹⁰ Tanto en el siglo diecinueve como en el veinte el Congreso frecuentemente ha limitado la jurisdicción de las cortes federales en general y la jurisdicción de la Corte Suprema específicamente en materias sustantivas -y aun con mayor frecuencia ha amenazado con hacerlo.¹¹ La Corte Suprema podría desafiar algún día la extensión de la autoridad del Congreso para controlar su jurisdicción; pero aún no ha hecho esto y al menos en este sentido sigue dependiendo del

⁸ Ver Burt, Robert, "Inventing Judicial Review: Israel and America", 10 *Cardozo Law Review* 2013, 2054 (1954).

⁹ Ver *Yakus v. United States*, 321 U.S. 414 (1944) (corte especializada con jurisdicción sólo en relación a la Ley de Control de Emergencia sobre los Precios); *South Carolina v. Katzenbach*, 383 U.S. 301 (1966) (jurisdicción sobre la Ley de Derecho a Voto, restringida a la corte del Distrito de Columbia).

¹⁰ *Ex parte McCordle*, 74 U.S. (7 Wall.) 506 (1869).

¹¹ Ver en general Bator, P., Mishkin, D., Shapiro, D. y Wechsler, H., *Hart and Wechsler's The Federal Courts and the Federal System*, Foundation Press, Mineola, New York, 1973, 309-75.

Congreso en su capacidad para virtualmente dictar cualquier decisión sustantiva.

Pero aun en el caso que las cortes federales en general o la Corte Suprema en particular tomaran jurisdicción sobre alguna materia sustantiva, la Constitución no asegura que estas decisiones sean ejecutadas. Las propias cortes federales han reconocido que no tienen autoridad para ordenar al Presidente ejecutar ley alguna.¹² Aunque algún día la Corte Suprema decidiera demandar este poder de imperio, resulta difícil imaginar cómo los ministros pudieren dar contenido práctico a esta demanda en contra de la determinada oposición del Presidente (con su clara autoridad constitucional para comandar a las fuerzas armadas de los EE.UU.) o del Congreso (con su clara autoridad constitucional para controlar todos los gastos del gobierno).

Luego, la dependencia institucional del poder judicial federal es extensa y claramente visible en el texto mismo de la Constitución de los EE.UU. Sin embargo, han sido pocas las ocasiones a través de la historia de los Estados Unidos en que el Congreso y el Presidente han aunado fuerzas para sacar ventaja de las vulnerabilidades institucionales de la Corte e intentar forzarla a rendirse. En esas pocas ocasiones la propia Corte, actuando "suprema e independientemente", se ha rendido frente a las otras ramas, evitando la confrontación con éstas, preservando así la apariencia de su supremacía e independencia. La característica distintiva de la relación entre la Corte y las ramas integradas por personas elegidas en votación universal no está, sin embargo, realmente basada en estos pocos momentos de aguda crisis. Su verdadero carácter está basado en el hecho que estos momentos de crisis, en que la Corte virtualmente se ha rendido abiertamente, sean tan escasos en la historia de los EE.UU. La conciencia de los jueces de su propia vulnerabilidad institucional más corrientemente los ha incitado a buscar al menos una tosca acomodación con las otras ramas. Al mismo tiempo, las retóricas demandas judiciales por supremacía e independencia corrientemente han inclinado a los funcionarios elegidos popularmente hacia una renuencia a embarcarse en una guerra abierta en contra de la Corte. Tal como los jueces, los funcionarios elegidos han tendido a buscar caminos de mutua acomodación para evitar confrontaciones entre demandas contrapuestas.

¹² Ver Burt, Robert, "Constitutional Law and the Teaching of the Parables", 93 *Yale Law Journal* 455, 475 (1984).

En cierto sentido, la extensa historia de recíproco respeto institucional -aunque con frecuencia prudente, de mala gana y acompañado de agresivos intercambios retóricos de todos los lados- es simplemente expresión de la persistente fuerza del ethos democrático de mutua acomodación entre los adversarios políticos en las relaciones sociales de los Estados Unidos. En este sentido, la Corte no es responsable de este ethos, pero es su beneficiaria. En otro sentido sin embargo, la existencia de la Corte y su tradición histórica de demandas infladas y poco realistas de independencia y supremacía, son causas que han contribuido al persistente fortalecimiento del ethos democrático. Dicho en otras palabras, la Corte actúa en las relaciones políticas de los EE.UU. como un continuo recordador de la tradición de mutua acomodación. En efecto, la visibilidad misma de las debilidades institucionales de la Corte simboliza el requisito básico del ethos democrático: que aun cuando la minoría vulnerable (como los mismos jueces) puede ser fácilmente forzada a la rendición, la mayoría está obligada a reprimir su fuerza superior, basada no en el miedo a la represalia efectiva, sino por respeto a la calidad igualitaria de su débil adversario.

La Corte Suprema de los EE.UU. actuó como un vívido recordador de este principio democrático fundamental en un momento crucial de nuestra historia nacional de una manera que, en particular, permite un sugestivo paralelo con la experiencia chilena reciente. La primera elección presidencial disputada en los EE.UU. fue el año 1800, cuando los republicanos de Thomas Jefferson derrotaron estrechamente al entonces Presidente John Adams y a su partido federalista. Antes de la elección, Adams y sus federalistas llevaron a cabo una campaña de intimidación en contra de la oposición; se llevó a prisión a los escritores de diarios republicanos acusados de "sedición" sobre la sola base de sus críticas políticas respecto del Presidente Adams. Después que Jefferson hubo ganado la elección, pero antes que asumiera el cargo, Adams aprovechó su cargo para llenar el poder judicial con nombramientos federalistas de último minuto (incluida la nominación de John Marshall como Presidente de la Corte Suprema). Cuando Jefferson asumió el cargo, muchos republicanos -desdeñosos de los nombramientos de último minuto de Adams y listos para tomar represalia en contra del Partido Federalista por sus pasadas opresiones políticas- resolvieron iniciar acusaciones constitucionales en contra de todos los jueces federalistas, incluido Marshall. Entre 1801 y 1803, la nueva mayoría republicana removió un juez menor de corte federal mediante acusación constitucional, removió a dieciséis jueces de corte de apelaciones aboliendo sus oficios judiciales, e inició los procedimientos para

acusar constitucionalmente a un ministro de la Corte Suprema (buscando alcanzar a Marshall después).

En 1803 la Corte Marshall acordó en un caso que el Congreso Republicano tenía autoridad para abolir los dieciséis oficios judiciales.¹³ Pero en otro asunto -la ahora famosa decisión en Marbury v. Madison¹⁴- Marshall declaró que Jefferson estaba constitucionalmente obligado a respetar uno de los nombramientos de último minuto de Adams, aunque el decreto de nombramiento no estuviera cursado antes que Jefferson tomara posesión del cargo. Sin embargo, en una irónica movida Marshall resolvió que la Corte Suprema no tenía jurisdicción para emitir esta orden contra el Poder Ejecutivo, pues la ley de jurisdicción aprobada por el Congreso era inconstitucional.

Marbury v. Madison es famosa hoy por ser la primera decisión de la Corte Suprema en que se invalidó una ley del Congreso. El significado político de la decisión de Marshall en 1803 -y su brillo estratégico- no estaba, sin embargo, en esta invalidación. El aspecto más importante de esta decisión, como lo vieron sus contemporáneos, fue el reclamo de Marshall de que el Presidente Jefferson estaba obligado a respetar los nombramientos de los jueces designados con anterioridad por sus oponentes políticos. La negativa de Marshall a dictar una orden judicial directa en contra del ejecutivo para hacer efectivo este respeto fue una concesión estratégica hacia los recientemente dominantes republicanos. El significado implícito de la decisión de Marshall era que Jefferson también debía renunciar al uso de la fuerza y debía en cambio observar "el estado de derecho" ("the rule of law") en sus acciones respecto de sus adversarios políticos.

Por las razones que sean, la acusación constitucional en contra del colega de Marshall fracasó (aunque por sólo un estrecho margen en el Senado). El propio Marshall se libró (y permaneció como Presidente de la Corte Suprema hasta su muerte en 1836). Así, el principio de independencia judicial ganó su primera victoria en la tradición constitucional de los Estados Unidos. Este principio, como Marshall lo presentó a sus oponentes políticos en 1803, no era una demanda por supremacía judicial. Era una demanda por un status equitativo entre los poderes judicial y ejecutivo. Subyacente a esta demanda había una oferta de respeto mutuo y una apelación

¹³ Stuart v. Laird, 5 U.S. (1 Cranch) 299 (1803).

¹⁴ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

implícita a que, sin perjuicio de las opresiones que los federalistas pudieran haber ejercido en el pasado, los victoriosos republicanos no debían embarcarse en actos de represalia. En efecto, Marshall apeló a una acomodación mutua entre viejos enemigos en orden a establecer un "estado de derecho" ("rule of law") confiable.

Hacer comparaciones entre diferentes eras históricas es siempre difícil; y comparar diferentes culturas es aun más difícil. Sin embargo, me impactaron las aparentes similitudes entre los sucesos ocurridos alrededor de 1800, cuando el principio de independencia judicial fue puesto a prueba por primera vez en los Estados Unidos, y los sucesos recientes en Chile. En particular, vi ciertos paralelos entre las acciones del Presidente Adams, tendientes a colmar el poder judicial con sus aliados políticos después que había sido electoralmente derrotado, y las acciones similares que el Presidente Augusto Pinochet, el año siguiente a su derrota plebiscitaria, ejerció en relación a la Corte Suprema. Y, en forma parecida a la actitud de los republicanos de Jefferson recientemente victoriosos en 1800, muchos opositores a Pinochet estaban preocupados de que la Corte Suprema chilena pudiera obstruir los esfuerzos por remediar las pasadas opresiones y, en todo caso, consideraban las designaciones judiciales de Pinochet de último minuto como ilegítimas. Por estas razones, como los republicanos de Jefferson, muchos opositores a Pinochet vieron poderosas razones para usar la autoridad recientemente ganada con el objeto de remover a esos jueces o limitar sustancialmente su autoridad.

Sin embargo, puede ser que en el Chile de hoy -como en los Estados Unidos en 1801-03- los jueces designados por el desacreditado régimen anterior puedan proteger valores democráticos en el largo plazo. En otras palabras, si el principio democrático descansa finalmente en un ethos de mutua acomodación entre adversarios políticos, se sigue de ello que aun las víctimas de una injusta opresión deberían buscar una mutua acomodación con sus opresores, y no una venganza que los subyugue.

En vistas a este fin, los mismos jueces deben ejercer una considerable autorrestricción. No deben confundir sus demandas por independencia con una demanda por obediencia no cuestionada hacia una supremacía judicial. Los jueces mismos deben hablar en nombre del ethos democrático de igualdad y acomodación mutua. Al menos, esta es la lección ofrecida por la experiencia de los Estados Unidos hace doscientos años, cuando el principio de independencia

judicial, y su relación con el ideal del estado de derecho (rule of law), fue establecido por primera vez.

COMENTARIOS

Francisco Cumplido Cereceda*

El artículo de Robert A. Burt presenta una original interpretación de las relaciones entre los Poderes en el régimen político de USA., que conducen a explicar la estabilidad de la democracia norteamericana por más de dos centurias.

La ponencia construye su tesis sobre la base de viejos principios doctrinales del derecho político, a saber: la teoría del poder consentido; la comunicación de la posibilidad de alternancia en el gobierno, los contrapesos entre los órganos del Estado y la igualdad de poderes en el sistema de gobierno presidencial, y el respeto a la minoría de sus derechos humanos.

En efecto, no hay posibilidad de un funcionamiento estable de una democracia si no se comparte por toda la Nación o por una mayoría muy significativa la voluntad común de vivir en un régimen político democrático, capaz de disuadir a la minoría de conductas políticas extrasistemáticas.

Asimismo, el gobierno democrático no puede tener la tentación de establecer una dictadura de la mayoría, que conculque los derechos humanos de la minoría o que ésta no perciba la probabilidad de acceder al gobierno. Si así no ocurre la minoría rompe el pacto social y recurre a conductas extralegales y hace política fuera del sistema. En América del Sur "golpea la puerta de los cuarteles".

Sin embargo, los presupuestos descritos para el buen funcionamiento de la democracia no son suficientes en un gobierno presidencial. Hay que adicionarle, por la naturaleza de ese sistema de gobierno, la realización práctica del principio de igualdad entre los Poderes, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, con funciones separadas, y el correcto funcionamiento de los contrapesos que, por excepción, ese sistema de gobierno necesita para evitar, al interior de él, la supremacía permanente de un Poder sobre los demás o la subordinación absoluta de un poder a los otros.

* Ministro de Justicia.

Robert A. Burt nos explica en su artículo cómo se logran estos objetivos políticos en el régimen de USA; las emprende en contra del "gobierno de los jueces", y nos previene sobre la conveniencia de asegurar en la Constitución las limitaciones razonables para evitar ese gobierno, pero al mismo tiempo dotar al Poder Judicial de las oportunidades jurídicas de impedir su subordinación a los otros poderes.

Con ocasión de uno de los ejemplos, el caso "Marbury vs. Madison", el autor se plantea la hipótesis de un proceso político similar en Chile, relacionado con renuncia de Ministros de la Corte Suprema ocurrida al término del gobierno militar, que permitió al General Pinochet, al igual que lo hizo el Presidente Adams, reemplazar a un número importante de Ministros. Tanto el Gobierno del Presidente Jefferson, como el del Presidente Aylwin hubieron de respetar esos nombramientos.

Además, de lo expresado al inicio de este comentario, pienso que Robert A Burt "da en el clavo", al tácitamente reconocer en su ponencia que las normas constitucionales son sólo caminos para regular el proceso político en sus múltiples facetas, pero su éxito depende de factores subjetivos o, también, condiciones extrajurídicas. Tienen plena vigencia las teorías de Heller sobre "la normalidad y la Constitución extrajurídicamente normada."

Para terminar, comparto las afirmaciones del autor sobre la política de igualdad, autorrestricción y acomodación, que se aplica hoy y tiene plena vigencia.

La democracia consensual, llamada también democracia consociativa o "democracia de los acuerdos", es el instrumento que en esta década logra los equilibrios, mutuas concesiones y acomodación, indispensables para que en la era tecnocrónica se asegure la libertad, la justicia y la paz.

En Chile la hemos practicado para transitar del autoritarismo hasta que más adelante, logremos la consolidación de un régimen político democrático. Optamos por una transición política y no militar. Tuvimos que atenernos a esta circunstancia y, por tanto, aceptar sus efectos. Concordamos una reforma a la Constitución que facilitara esa transición, pero hubimos de conceder garantías a las FF.AA. que el gobierno civil no conduce al desgobierno, al caos social o económico, y a las minorías, que tienen la posibilidad de acceder al gobierno si el electorado así lo decide en las urnas.

Pablo Ruiz-Tagle Vial*

Les agradezco la invitación a comentar el artículo del profesor Burt titulado "Independencia Judicial y Democracia Constitucional: Lecciones de la Experiencia Norteamericana". Me parece que se trata de un excelente trabajo en cuanto a la explicación de la experiencia de las cortes en los EE.UU. de Norteamérica. Especialmente interesante me parecen sus explicaciones respecto a las ideas de interdependencia y coordinación constitucional que ponen en duda, una vez más las ideas absolutas de independencia y supremacía judicial. Sin embargo, tengo algunas discrepancias y dudas en cuanto a la comparación y paralelo que el profesor Burt cree advertir entre la experiencia norteamericana y la chilena, por las razones que paso a explicar:

1) Me parece que las inferencias que se siguen del trabajo de Burt no pueden aplicarse a la experiencia política reciente en Chile, porque ésta es históricamente diversa a la que se planteó después de la elección de 1800 en EE.UU. Burt se refiere a los problemas que se suscitaron en EE.UU. en 1800 con nombramientos en la judicatura que en el último minuto hizo el presidente saliente John Adams, que derivaron en acusaciones contra los jueces durante el siguiente período presidencial de Thomas Jefferson. Burt compara estos problemas con los que se han producido en el Chile democrático debido a los nombramientos que hizo Augusto Pinochet en la judicatura. La idea de Burt es que de esta comparación se podría inferir que los jueces designados por el régimen anterior pueden proteger valores democráticos en el largo plazo. Me parece que en el caso norteamericano esta inferencia fue posible hacerla fundamentalmente porque tanto John Adams como Thomas Jefferson compartían el mismo ethos democrático. Por ejemplo, ambos participaron en la redacción de la Declaración de Independencia de los EE.UU. en 1776. Éste es quizás el primer documento político que hace suyos los ideales de la democracia moderna. Asimismo, ambos gozaron de legitimidad democrática en cada uno de los cargos que ejercieron y en las acciones que desarrollaron. Al compartir los mismos ideales y tener la misma legitimidad democrática, no es raro entonces que Thomas Jefferson y sus partidarios puedan haber hecho la inferencia que hace suya el profesor Burt. Ahora bien, Augusto Pinochet y Patricio Aylwin y sus respectivos partidarios no me parece que compartan el mismo ethos democrático. Tampoco hay

* BA, Yale University, profesor de Derecho Comparado, Universidad Diego Portales.

noticia de que ellos hubiesen participado en política juntos o que redactasen de común acuerdo algún documento que refleje esos ideales. Asimismo, el régimen de Augusto Pinochet y sus medidas pueden caracterizarse mejor como gozando de legitimidad autoritaria y no democrática. En cambio, el régimen que encabeza Patricio Aylwin es un régimen de transición con legitimidad democrática. Por eso, es difícil hacer la misma inferencia que hicieron los partidarios de Thomas Jefferson respecto de la situación chilena. La historia chilena reciente aparece como contradictoria.

2) Existen importantes diferencias institucionales entre los tribunales norteamericanos y los chilenos que dificultan la aplicación del modelo de interdependencia y coordinación constitucional que propone Burt a nuestra realidad. Los jueces en la tradición chilena aparecen diferentes a los jueces norteamericanos por dos razones fundamentales:

Primero: porque los jueces chilenos tienen un gran problema de legitimidad como institución pública frente a la transición democrática. Por ejemplo, el informe Rettig imputa responsabilidad por las violaciones a los derechos humanos en gran medida a la judicatura. Hasta ahora los jueces chilenos -especialmente la corte Suprema que los representa- no han sabido hacer lo que en su oportunidad hizo John Marshall. Esto es, legitimar su acción dentro del juego democrático que es característico de los gobiernos republicanos. Tampoco se han comprometido suficientemente con las necesarias reformas judiciales. En cambio, es notorio cómo la Corte Suprema ha asumido una actitud de oídos sordos frente a las demandas por justicia que han surgido en democracia. Es cierto que hay excepciones a este problemas de legitimidad. Por ejemplo, se puede citar la actitud asumida por el Ministro Bañados en el caso Letelier, pero desgraciadamente estas actitudes todavía no parecer reflejar un comportamiento suficientemente generalizado al interior de la judicatura.

Segundo: la organización de la justicia chilena, que originalmente fue concebida como jerarquizada, reactiva, solucionadora de conflictos, con jurisdicción constitucional en casos excepcionales y con una noción científico-profesional de su tarea, hoy en día atraviesa por una grave crisis de identidad. La jerarquía judicial se ha desdibujado porque los sistemas de ascenso, promoción y responsabilidad judicial han sido reemplazados por nepotismo y delegación de facultades judiciales en abogados integrantes y funcionarios subalternos. La Corte Suprema ya no tiene superintendencia sobre el Tribunal Constitucional, Electoral y en algunos casos sobre los Tribunales Militares. De manera que la

justicia chilena presenta dentro de sí misma un sistema de coordinación que dificulta todavía más la adopción de un espíritu uniformemente democrático. Por otra parte, la justicia chilena en gran medida se ha ido transformando en una justicia activa en importantes materias, como por ejemplo cuando participa en la implementación de políticas del Estado, interviniendo en materias antiterroristas, antimonopolios, menores, aduanas, etc. También han asumido un rol activo cuando miembros de las Cortes integran otros organismos como el Consejo de Seguridad Nacional, el Tribunal Constitucional y algunos órganos de decisión a nivel regional. Asimismo, por la vía del recurso de protección, las Cortes han asumido poderes constitucionales que se ejercen en forma casi ordinaria. Esta situación ha llevado en algunas materias a la constitucionalización del derecho, que consiste, entre otras cosas, en resolver materias de derecho común con técnicas constitucionales. Finalmente, el abuso del recurso de queja ha producido un deterioro de la imagen científico-profesional del oficio que desarrollan los jueces. Hoy en día esta tarea aparece en gran medida como realizada con discrecionalidad.

Todos estos problemas orgánicos, funcionales y estructurales de la justicia chilena dificultan el camino que Burt propone recorrer, que aspira a una sociedad más justa mediante el desarrollo incremental de una concepción interdependiente, coordinada y democrática de los tribunales de justicia. En todo caso, esta situación puede cambiar para mejor y eso espero.

Al terminar estas líneas aprovecho de saludarlos y desearles el mejor de los éxitos en esta iniciativa de engrandecer el derecho y las humanidades en Chile.