

EL GRADO ADECUADO DE INDEPENDENCIA¹

Owen M. Fiss²

En las discusiones sobre la transición de las dictaduras a las democracias en los años ochenta en América Latina, es corriente establecer dos postulados. Primero, que el poder judicial va a tener un importante rol que jugar en los nuevos regímenes democráticos y, segundo, que deberán realizarse todos los esfuerzos por asegurar su independencia. Sin mayor reflexión puedo aceptar ambos postulados, sin embargo, dudo, porque creo que el concepto de independencia judicial es mucho más complejo de lo que inicialmente parece.

El término "independencia" es generalmente utilizado para caracterizar la relación de la judicatura con otras instituciones u organismos públicos.³ Un juez independiente es aquel que no está bajo la influencia o control de nadie. Sin embargo, surge un elemento de ambigüedad debido a la existencia de distintos tipos de instituciones y organismos públicos de los cuales el juez debería ser independiente. Se supone que los jueces deben ser independientes, pero ¿de

¹ Este trabajo fue escrito por el Profesor Owen Fiss en el año 1993, y publicado en inglés en la Revista *Inter-American Law Review*, Nº1, Vol 25, Otoño de 1993, Universidad de Miami. Ha sido traducido por Rodrigo Correa, Abogado, Universidad de Chile y Master en Derecho, Universidad de Yale. (Nota de los editores)

² Sterling Professor of Law en la Universidad de Yale. Quisiera agradecer a Terence Anderson, Eric Beckman, Eric Bentley, Jr., Marcel Bryar, Rodrigo P. Correa, Steve Diamond, Kenneth Held, Elizabeth Iglesias, Stanley Katz, Jonathan Miller, Maxwell Peltz, Keith Rosenn, Pablo Ruiz-Tagle, Kevin Russell, Irwin Stotzky y Olivier Sultan por sus comentarios a este artículo y por entregarme el aporte de sus ideas. Una Primera versión de este artículo fue presentada en una conferencia realizada en la Universidad de Miami en Marzo de 1992 y posteriormente publicada en *Transition To Democracy In Latin America: The Role Of The Judiciary* (Stotzky, Irwin P., 1993).

³ La independencia es un atributo esencial del buen juzgamiento, pero no es el único, y nada se gana colocándola por sobre todas las virtudes judiciales. Yo discrepo de la extensión del concepto de independencia judicial que hace el profesor Kahn al incluir la "independencia de la ideología". Kahn, Paul W., "Independence and Responsibility in the Judicial Role", en *Transition To Democracy In Latin America: The Role Of The Judiciary* (Stotzky, Irwin P., 1993); véase también Correa Sutil, Jorge, "The Judiciary and Political System in Chile: The Dilemmas of Judicial Independence During the Transition", en *Transition To Democracy In Latin America: The Role Of The Judiciary*, supra 89. Los jueces pueden ser independientes, pero fallan al desatender sus deberes más elementales porque no entienden los tópicos que tienen ante ellos, carecen de coraje o son capturados por una filosofía desgastada y anticuada.

quién?

Una noción de independencia -la voy a llamar "desvinculación de las partes"- requiere que el juez sea independiente de las partes en litigio, ya sea no estando relacionado con ellas, o bien no estando de ninguna forma bajo su control o influencia. Este aspecto de la independencia está basado en la idea de imparcialidad y es incuestionable en su exigencia: mientras mayor sea la desvinculación existente entre el juez y las partes, mejor. El soborno es, por supuesto, el ejemplo extremo de una violación a esta exigencia. Sin embargo, una vinculación menos evidente a una de las partes, como un lazo cultural que pudiera causar que el juez se identificara con una parte más que con la otra, también puede considerarse como una transgresión a la "desvinculación de las partes".

Otra forma de independencia -la "autonomía individual"- concierne a las relaciones entre colegas o al poder de un juez sobre otro. En los sistemas de derecho común o Common Law, los jueces sienten la presión de otros jueces a través de la doctrina del *stare decisis* o precedente. Tanto en los países de derecho continental como en los de derecho común, el control colegial también puede ser ejercido sobre los jueces de menor jerarquía a través de los procedimientos ordinarios de apelación. Estas formas tradicionales de control colegiado no amenazan la independencia que legítimamente pertenece a un juez. Pero otras formas burocráticas de control, como la recientemente instituida en los Estados Unidos a través de la Ley de Reforma de Consejos Judiciales de 1980,⁴ puede amenazar la independencia de un juez, o más específicamente, la exigencia de autonomía frente a un control burocrático. Dicha ley permite a un grupo de jueces, actuando a través de una organización y no mediante los procedimientos normales de apelación, revisar el trabajo de un juez en particular y aplicarle medidas disciplinarias. La Ley de 1980 entrega al consejo judicial de las cortes del circuito poder para investigar quejas contra los jueces y aplicarles ciertas sanciones.⁵

Estos controles burocráticos son comunes en los países de derecho continental, donde la judicatura es profesionalizada, pero su introducción en los Estados Unidos ha alarmado a algunos que temen una potencial arremetida

⁴ Ley de Reforma de los Consejos Judiciales y de Conducta e Inhabilidad Judicial de 1980 párrafo 3, 28 U.S.C. párrafo 372(c)(6)(B) (1989).

⁵ La sección 3 de la Ley consagra un listado parcial de sanciones "apropiadas": (1) declaración de inhabilidad de un juez; (2) solicitud de retiro voluntario de un juez; (3) orden de que temporalmente nuevos casos sean asignados a un juez; (4) amonestación pública o privada a un juez. Id. párrafo 372(c)(6)(B). Adicionalmente, el Consejo Judicial puede remitir una acusación a la Conferencia Judicial de los E.E.U.U., la cual puede, si determina que la acusación debe ser garantizada, remitir el asunto a la Cámara de Representantes. Id. párrafo 372(c)(7). Véase, en general, Fiss, Owen M., "The Bureaucratization of the Judiciary", 92 Yale L.J. 1442, 1445 (1983).

contra las tradiciones americanas, las cuales aseguran a cada juez cierta autonomía individual.⁶ Esta tradición es nutrida por vastas normas culturales y por nuestra ideología individualista. También se apoya en la práctica, más prevalente en las cortes federales, de reclutar jueces lateralmente. Alguien que pasa a ser juez después de una larga y exitosa carrera profesional o política, esperará una mayor autonomía individual que quien se mueve dentro de los rangos de un cuerpo profesional. Sin embargo, en Estados Unidos la desconfianza en dicho control burocrático no está determinada completamente por la cultura y puede tener perfectamente una base más teórica.

El poder de los jueces está limitado por el proceso a través del cual ejercen el poder, por la necesidad de escuchar todos los puntos relevantes y por tener que justificar su decisión en orden a publicar razones aceptables.⁷ Estos límites están totalmente respetados cuando los jueces de las cortes de jerarquía superior supervisan a otros jueces a través del procedimiento ordinario de apelación, pero no cuando actúan burocráticamente, por ejemplo, a través de los consejos judiciales. En este caso los jueces de las cortes superiores actúan como administradores, no como jueces. Por supuesto algunas formas de mala conducta -sobornos por ejemplo- no pueden ser juzgadas a través del procedimiento ordinario de apelación, pero para estos casos deberían existir entonces procedimientos de acusación constitucional y de remoción de cargos. Estos procesos están más bajo la esfera del legislador que de los jueces, de modo que no se llama a éstos a actuar de manera inconsistente a los límites de su poder.

Una tercera forma de independencia -la más difícil de entender y objeto de este ensayo- se refiere a lo que llamaré "insularidad política". Requiere que la judicatura sea independiente de las instituciones políticas y del público en general. Esta forma de independencia se superpone a la desvinculación respecto de las partes siempre que uno de los litigantes ante la corte sea otra rama del Estado (por ejemplo, el ejecutivo), pero es requerida aun cuando un caso sea completamente entre particulares. Por tanto debiera ser vista como un requisito separado. Es de la naturaleza de la función judicial, y es obligación de los jueces, decidir lo que es justo y no escoger la mejor política pública ni el curso de la acción más deseada por el público. La autoridad moral de la judicatura depende no sólo del proceso de diálogo a través del cual los jueces ejercen su poder, cual es escuchar los argumentos y dar justificaciones, sino también de que ellos sean libres de cualquier influencia política. Lo mejor de la insularidad del control político es que los jueces más idóneos están para hacer lo que es justo y no lo que es político.

⁶ Véase, en general, Baker, Lynn A., Note, "Unnecessary and Improper: The Judicial Councils Reforms and Judicial Conduct and Disability Act of 1980", 94 Yale L.J. 1117 (1985).

⁷ Véase Fiss, *supra* nota 4, 1443. Fiss, Owen M. "The Supreme Court, 1978 Term-Foreword: The Forms of Justice", 93 Harv. L. Rev. 1 (1979).

Mientras la insularidad política puede ser vista como uno de los fundamentos de la autoridad judicial, también es cierto que su grado de independencia, a diferencia de la imparcialidad, no es implacable en su demanda. Aspiramos sólo a una cantidad limitada de insularidad. De hecho, nuestra investigación para insularizar la judicatura del control político está calificada por dos tipos distintos de límites y mi principal propósito aquí es identificar esos límites. Uno se origina en nuestros compromisos democráticos con la regla de la mayoría. La insularidad puede ser necesaria para impartir justicia, pero liberar a la judicatura del control popular puede interferir en los valores democráticos. Por esta gran razón, la insularidad política de los jueces en un ordenamiento democrático no es y no debiera ser completa.

Un segundo límite deriva del hecho de que la independencia constituye un régimen relativo. Un determinado régimen no está obligado a respetar la independencia de la judicatura establecida por un régimen previo, no más de lo que una nación está obligada a respetar la independencia de la judicatura de otra nación. Mientras el primer tipo de límite en la demanda de insularidad será ilustrado en referencia a la experiencia de Estados Unidos, porque frecuentemente se considera que posee el más independiente poder judicial, el segundo tipo será desarrollado en referencia a la transición a la democracia ocurrida en Argentina y Chile en la década de los ochenta.

I

Las cortes estatales y locales son elementos esenciales del sistema judicial estadounidense, pero las cortes federales constituyen la unidad más celebrada de este sistema. Son consideradas como la concreción más acabada del ideal de independencia judicial. Nos jactamos de la insularidad política de las cortes federales y señalamos el artículo III de la Constitución, que consagra la titularidad vitalicia y la protección contra la disminución de sueldo, como el garante esencial de la independencia.⁸ En el mismo espíritu, explicamos cómo el trabajo de la judicatura federal está protegido contra fáciles revisiones de los órganos políticos. La interpretación que la Corte Suprema hace de la Constitución sólo puede ser revisada por el molesto proceso de enmienda, que requiere mayorías especiales en cada cámara del congreso y la aprobación de tres cuartos de los estados.⁹

⁸ El artículo III señala en la parte respectiva: "Los Jueces, tanto de la Corte Suprema como de las Cortes inferiores, mantendrán sus cargos mientras guarden buen comportamiento y recibirán, en determinados momentos, una compensación por sus servicios, la cual no puede ser disminuida durante el ejercicio de sus cargos". Constitución de los E.E.U.U., art. III, párrafo 1.

⁹ El art. V señala en la parte correspondiente: "El Congreso, cuando las dos terceras partes de ambas Cámaras lo estimen necesario, podrá proponer enmiendas a esta Constitución o, en aplicación de la Legislatura de los dos tercios de los diferentes

Algunas de estas garantías constitucionales de independencia han sido reforzadas por la evolución de las interpretaciones culturales extensivas que han profundizado la insularidad de la judicatura respecto del control político. Un caso pertinente es el poder de acusar constitucionalmente. La Constitución enviste de este poder al Congreso, pero no especifica los fundamentos de la acusación. El artículo III habla sólo en términos muy generales, señalando que los jueces: "mantendrán sus oficios mientras guarden buen comportamiento". Otra disposición permite acusar constitucionalmente a todos los oficiales civiles de los Estados Unidos por "crímenes y delitos graves".¹⁰ En los primeros tiempos de la nación, el poder de acusar constitucionalmente era de hecho usado para expresar un fuerte desacuerdo con las decisiones judiciales.¹¹ Sin embargo ningún juez ha sido removido por esta razón y, con la excepción de un ataque al juez Douglas a fines de los años sesenta por el entonces diputado Gerald Ford,¹² se ha desarrollado un acuerdo tácito según el cual un juez puede ser acusado constitucionalmente y removido sólo por la violación de los deberes más elementales de su oficio, como corrupción o sentencia condenatoria por haber cometido un crimen, y no porque el legislativo esté en desacuerdo con el juez en el fondo de alguna decisión.¹³

Estados, deberá llamar a Convención para proponer enmiendas, las cuales, en cualquier caso, serán válidas en toda su intención y propósito como parte de esta Constitución cuando sean ratificadas por la Legislatura de tres cuartos de los diferentes Estados o por Convenciones en tres cuartos de ellos, según sea la forma de ratificación que el Congreso haya propuesto....". Constitución de los E.E.U.U., art. V.

¹⁰ El art. II, sección 4, señala: "El Presidente, Vicepresidente y todo funcionario civil de los E.E.U.U., será removido de su cargo por acusación constitucional y por ser condenado por traición, cohecho u otros crímenes y delitos graves". Constitución de los E.E.U.U., art. II, párrafo 4.

¹¹ Rehnquist, William H., *Grand Inquests: The Historic Impeachments Of Justice Samuel Chase And President Andrew Johnson* 52-53, 58-60, 74-77, 90-93, 103-05 (1992); Raoul Berger *Impeachment: The Constitutional Problems* 224- 51 (Katz, Stanley N., 1973).

¹² Edwin P. Hoyt, William O. Douglas 149-51 (1979).

¹³ En los últimos años jueces federales han sido acusados por fraude tributario, cohecho y perjurio. Hutchison, Mark A., "Maintaining Public Confidence in the Integrity of the judiciary": *State Bar of Nevada v. Claiborne*, 1989 B.Y.U. L. Rev. 283, 283-84; véase también "Impeachment Trial Committee on the Articles Against Judge Alcee L. Hastings", "Proceedings of the U.S. Senate in the Impeachment Trial of Alcee L. Hastings, A Judge of the United States District Court for the Southern District of Florida", S. Doc. No. 18, 101st Cong., 1st Sess. (1989); S. Rep. No. 164, 101st Cong., 1st Sess. 4 (1989) (respecto de la acusación constitucional del juez Walter L. Nixon, Jr., de Mississippi). La Corte Suprema rechazó últimamente la defensa del juez Nixon en el procedimiento usado en su acusación, *Nixon v. United States*, 113 S. Ct. 732 (1993) (sostiene que sólo el Senado tiene la facultad para elegir los procedimientos acusatorios).

Esta imagen mítica de la independencia política de la judicatura federal es frecuentemente sostenida en relación a algunas de las instancias más dramáticas en las que la Corte Suprema desafió al ejecutivo o al legislativo, como cuando la Corte requirió al Presidente Nixon entregar las cintas secretas de sus conversaciones,¹⁴ o cuando declaró ilegal la requisición de los molinos de acero de la nación decretada por el presidente Truman durante la guerra de Corea;¹⁵ o cuando ordenó al Congreso que le diera un escaño a Adam Clayton Powell, quien recientemente había sido reelegido.¹⁶ Sin embargo, la verdad es más compleja de lo que puede expresar esta narración unilateral de momentos victoriosos. Mientras la Constitución crea un cierto grado de insularidad política para la judicatura federal, otros factores -algunos también arraigados en la Constitución- colocan a la judicatura bajo la influencia del Congreso o del ejecutivo.

Un punto natural de partida para esta investigación es, por supuesto, el proceso a través del cual los jueces son designados. En los Estados Unidos un gran número de jueces estatales es elegido, lo que hace que dichos jueces sean directamente responsables ante una mayoría electora. Los jueces federales son más bien designados que elegidos y por esto pensamos que ellos son más independientes de la política que los jueces estatales, pero el hecho es que son nombrados por una autoridad política, el Presidente. Probablemente el Presidente no escogerá a alguien para que haga su propio trabajo, pues reconoce que la labor del juez es el derecho y no la política. Este límite a la discreción del Presidente se ve reforzado por las expectativas del público y de los abogados. En todo caso, el Presidente tenderá a designar a alguien cuyo concepto de justicia se aproxime al suyo y que esté más dispuesto a apoyar que a impedir las políticas de su gobierno. El Senado debe confirmar la designación, pero éste también es un cuerpo político, algunas veces conducido por una agenda distinta de la del Presidente y responsable ante un grupo de electores diferentes de los de aquél, pero no por eso deja de ser un cuerpo político.

Necesidades financieras también pueden aumentar la vulnerabilidad política de la judicatura. La garantía contra la disminución de salarios es un baluarte importante frente al control político. Sin embargo, es una garantía relativa, ya que deja a los jueces sujetos a presiones inflacionarias: una decisión del Presidente o del Congreso destinada a que los salarios judiciales se mantengan constantes durante un proceso inflacionario ascendente, puede actuar

por tanto la impugnación del juez Nixon a dichos procedimientos fue injustificada). Siguiendo la línea de esta decisión, una argumentación similar del juez Hastings, otro juez federal acusado, fue también rechazada. *Hastings v. United States*, 837 F. Supp. 3 (D.D.C. 1993).

¹⁴ *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974).

¹⁵ *Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952).

¹⁶ *Powell v. McCormack*, 395 U.S. 486 (1969).

como una severa sanción.¹⁷ Conscientes del control que el Congreso y el ejecutivo tienen sobre sus salarios, los jueces pueden sentirse motivados a ajustar sus acciones de manera tal de ganarse la buena disposición de estos órganos, a fin de mantener el poder adquisitivo de sus remuneraciones. La dependencia judicial de los sueldos incidentales de funcionarios públicos como secretarios, ayudantes y choferes, puede tener un efecto parecido, porque también éstos están bajo el control del Congreso y del Presidente.

Además de su poder sobre las remuneraciones, el Congreso y el Presidente pueden intentar ejercer también su poder sobre la judicatura revirtiendo las decisiones judiciales. Si bien es cierto que una norma constitucional no puede ser alterada por una simple modificación legislativa, el Congreso, con la concurrencia del Presidente, puede revocar por una simple mayoría una interpretación judicial de una ley.¹⁸ Aun más, el Congreso tiene un considerable poder sobre la competencia de los tribunales federales, especialmente sobre los inferiores. En el pasado, decisiones judiciales particularmente polémicas han llevado a proponer que, como forma de contener al poder judicial, se reduzca la competencia de las cortes federales sobre determinadas materias sustantivas.¹⁹ Pocas medidas como esta han sido llevadas a efecto, pero su amenaza y planes concretos para su ejecución recuerdan a la judicatura los límites de su poder.

Finalmente, debemos hacer algunas consideraciones respecto de la facultad

¹⁷ Véase *Atkins v. United States*, 556 F.2d 1028 (Ct. Cl. 1977), cert. denied, 434 U.S. 1009 (1978) (sostiene que el Congreso no ha violado la Cláusula de Compensación del art. III al decidir aumentar los salarios judiciales en un porcentaje equivalente a la tasa de inflación). Pero véase *United States v. Will*, 449 U.S. 200 (1980) (encuentra que el Congreso ha violado el art. III al aprobar legislación que rechaza un incremento salarial que se había llevado a efecto, "disminuyendo" la compensación de los jueces federales).

¹⁸ Eskridge, William N., Jr., "Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions", 101 *Yale L.J.* 331 (1991).

¹⁹ Por ejemplo, véase la Ley Norris-La Guardia, 29 U.S.C. párrafo 101-115 (1989), estatuto federal que restringe la emisión, por parte de las cortes federales, de órdenes por escrito para realizar o no determinada actuación, en todo conflicto laboral. En la primera parte de los años ochenta, se introdujo legislación para limitar la jurisdicción de las cortes federales inferiores consagrando leyes anti abortivas en forma clara y firme. Véase, por ejemplo, S. 158, 97th Cong., 1st Sess. (1981); H.R.3225, 97th Cong., 1st Sess. (1981); H.R. 900, 97th Cong., 1st Sess. (1981). También se introdujo legislación para limitar el poder de las cortes federales en la regulación del transporte escolar. Véase, por ejemplo, S. 1147, 97th Cong., 1st Sess. (1981); S. 1005, 97th Cong., 1st Sess. (1981); H.R. 3332, 97th Cong., 1st Sess. (1981); H.R. 1180, 97th Cong., 1st Sess. (1981). Para una discusión general sobre los intentos del Congreso para limitar la jurisdicción federal, véase Sager, Lawrence G., "The Supreme Court, 1980 Term-Foreword: Constitutional Limitations on Congress' Authority to Regulate the Jurisdiction of the Federal Courts".

de imperio. Los jueces dicen el derecho y esperan que sus órdenes sean cumplidas voluntariamente, pero reconocen que puede presentarse resistencia. Saben que exigir la liberación de un prisionero u ordenar la integración de un colegio segregado, puede provocar duras y apasionadas reacciones.¹⁹ Los jueces pueden ser soberanos articulando derechos, pero no son soberanos de la ejecución forzada de éstos. El aparato coercitivo del Estado -la espada- está dentro del control inmediato del ejecutivo y todos los hilos están en manos de la legislatura y del ejecutivo.

Por las razones anteriores, la judicatura federal se encuentra frecuentemente restringida por las otras ramas del gobierno y, por tanto, está menos aislada de la política de lo que comúnmente se sostiene. Por supuesto, se debe ser cuidadoso de no exagerar el grado de independencia. Por ejemplo, si al entregar el poder de designación de los jueces al Presidente se introduce necesariamente un elemento político, las diferentes condiciones de sus oficios -el Presidente ejerce el mando por cuatro años o posiblemente ocho si es reelegido, mientras que el juez federal tiene posesión de por vida de su cargo- tienden a atenuar el lazo entre ambos. En el pasado, los jueces de la Corte Suprema se vieron frecuentemente como asesores del Presidente, pero después de haber sido criticada cada vez más, esta práctica ha disminuido considerablemente.

Además, un acuerdo informal -la larga resistencia contra el aumento de jueces por parte del Presidente Roosevelt- limita el proceso por el cual se aumenta el número de jueces, y así también limita la influencia del Presidente en la composición del poder judicial. Frustrado por una serie de decisiones de la Corte Suprema que invalidaron diversas medidas del New Deal, el Presidente Roosevelt buscó explotar una laguna en la Constitución, la cual no especifica el número de jueces. Así propuso crear nuevos cargos, uno por cada juez mayor de setenta años.²⁰ Esta propuesta causó gran hostilidad dentro del Congreso y entre los abogados, quienes forzaron su retiro. Aún más importante que lo anterior,

¹⁹ Véase Fiss, *supra* nota 6.

²⁰ Rehnquist, William H., "The Supreme Court: How It Was, How It Is" 219-34 (1987); Leuchtenburg, William E., "The Origins of Franklin D. Roosevelt's 'Court-Packing' Plan", 1966 Sup. Ct. Rev. 347. Las interferencias del ejecutivo en la judicatura tuvieron un temprano comienzo en la historia de los E.E.U.U. Bajo el Presidente Thomas Jefferson la frustración republicana hacia la judicatura federalista llevó a una negativa inicial respecto del nombramiento de ciertos jueces que había hecho el Presidente Adams, medidas para repeler la Ley Judicial de 1801 (para lo cual se abolieron los cargos en los cuales estos nuevos jueces habían sido colocados) y legislación de 1802, lo cual produjo un receso de catorce meses en la Corte Suprema. En 1804, Jefferson diseñó acusaciones contra la Corte Suprema de Justicia y ya en 1808 había expandido el número de miembros de la Corte de cinco a siete, llenando las nuevas vacantes con Republicanos. 2 *George L. Haskins Y Herbert A. Johnson, History Of The Supreme Court Of The United States, Foundations Of Power: John Marshall, 1801-1815*, pág. 136-245 (Freund, Paul A., 1981).

dicha propuesta nos dejó un acuerdo tácito de que no se puede aumentar el número de jueces sólo para mejorar la oportunidad del Presidente de hacer designaciones y moldear la Corte.

A la luz de todo lo expuesto anteriormente, no se puede negar que los jueces federales gozan de una considerable independencia política, pero también es importante reconocer que la imagen mítica de la independencia de la judicatura federal de los Estados Unidos es en alguna manera equívoca. La insularidad política es un ideal de la justicia federal y su demanda parece estar creciendo con el tiempo, pero dicho ideal no exige ni presupone una completa separación del poder judicial respecto del legislativo y del ejecutivo. Aun en los Estados Unidos, reconocemos que debe haber algunos límites a la insularidad política.

Inicialmente, la naturaleza calificada de nuestro compromiso con la insularidad política puede parecer desconcertante, puesto que la he reconocido como uno de los fundamentos de la autoridad del poder judicial. Pero parece ser menos desconcertante si pensamos en una judicatura dentro de un marco democrático y así nos damos cuenta de que un poder judicial independiente puede interferir en los procesos democráticos. Un poder judicial aislado de las instituciones de gobierno sujetas al control popular -ejecutivo y legislativo- tiene el poder de contener las acciones o decisiones de esas instituciones y así frustrar la voluntad popular.

Es un hecho que una judicatura independiente puede usar su poder para promover el poder del electorado. Esto ocurre, por ejemplo, cada vez que la Corte protege la integridad del proceso electoral o las libertades políticas. Sin embargo, en este caso la tensión entre independencia judicial y democracia no está del todo ausente, ya que se utilizan métodos no democráticos para proteger fines democráticos. Indiscutiblemente, sólo una institución libre del control político puede servir como un efectivo guardián del proceso político. Sin embargo, nada garantiza que el poder judicial vaya a ser usado para aumentar el poder o la libertad política del electorado en vez de limitarlos. En algunos casos, es posible que un poder judicial independiente esté menos comprometido con la preservación del debate libre y abierto que oficiales militares igualmente aislados de la política.

Una tensión aun más fundamental entre democracia e independencia judicial aparece cuando, como comúnmente ocurre, la judicatura va más allá de la protección del proceso electoral o de las libertades políticas y deja sin efecto un acto legislativo o ejecutivo del cual no puede decirse que corrompa o intervenga el proceso representativo. Quienes buscan justificar la independencia judicial y restar importancia a este tipo de conflictos, centran la discusión en la idea de democracia e insisten en que ella no exige una sumisión completa a las

demandas del electorado.²¹ La democracia se presenta como una teoría de gobierno matizada, que requiere que el Estado de respuestas no sólo a preferencias sino también a ciertos principios: el Estado democrático debe responder tanto a las demandas del electorado como a ciertos valores trascendentales, tales como la protección de los derechos humanos o de los principios fundamentales incluidos en una constitución. Dentro de este esquema, el poder judicial aparece como el guardián privilegiado de estos principios fundamentales o valores trascendentales, en gran medida porque está aislado del control popular y generalmente separado de la política. La independencia permite a la judicatura tener una mirada más amplia.

Interpretaciones como ésta de democracia, que la distinguen de un populismo insistente y la atan a nociones tales como "constitucionalismo" o "rule of law", son comunes hoy en día tanto en los Estados Unidos como en el resto del mundo. Ellas motivan gran parte del atractivo que tiene el ideal de insularidad política, puesto que la insularidad mejora la capacidad de una institución para formular juicios objetivos. Pero lo cierto es que estas interpretaciones sólo justifican un compromiso con un grado limitado de independencia. La democracia puede ser una combinación de principios y preferencias, pero la proporción de cada una nunca se especifica. Aun más, aunque la insularidad puede colocar a la judicatura, en comparación con el ejecutivo o el legislativo, en una posición privilegiada para hablar con autoridad en cuestiones de principio, no hay garantía que lo que dice será correcto. Una interpretación políticamente neutral no es necesariamente una interpretación correcta.²²

Así, aunque se acepte que la independencia es una de las virtudes cardinales del poder judicial, también es cierto que un exceso de independencia puede ser inconveniente. Queremos aislar a la judicatura de las instituciones sujetas a control popular y al mismo tiempo reconocer que algunos elementos del control político deben permanecer. Debemos acomodar dos valores -no sólo la legitimidad del poder judicial, sino también la soberanía popular- y esto nos requiere optimizar, más que maximizar, esta forma de independencia. En contraste con la imparcialidad, sencillamente no es cierto que en una democracia mientras más insularidad política mejor. Lo que necesitamos es sólo el grado correcto de insularidad.

²¹ Véase, por ejemplo, Ackerman, Bruce, "We The People" (1991): Fiss, supra nota 6.

²² Véase Fiss, Owen M., "Objectivity and Interpretation", 34 Stan. L. Rev. 739, 744, 748-49 (1982).

II

Las repúblicas de América Latina se suscriben a nociones de independencia judicial que no son radicalmente distintas de las que gobiernan la judicatura federal de los Estados Unidos. En todos estos países -incluyendo Chile y Argentina- la insularidad política es considerada una virtud, aunque también se entiende que la separación entre las instituciones políticas y la judicatura es incompleta y debería permanecer siempre así.

A veces la insularidad política de la judicatura es mayor en las repúblicas latinoamericanas que en los Estados Unidos. En Chile, por ejemplo, donde la judicatura es profesionalizada, la Corte Suprema de Justicia juega un importante rol seleccionando jueces inferiores y eligiendo a sus propios sucesores.²³ Allí los jueces crean una pequeña lista de nominados para la Corte Suprema y para la Corte de Apelaciones de la cual el Presidente hace una elección. De forma similar, la regla de la Constitución argentina que protege contra la disminución de las remuneraciones, aunque idéntica a la del Artículo III de la Constitución estadounidense, ha sido interpretada de forma más amplia. Esta disposición ha sido entendida como protectora contra la disminución de salarios durante periodos inflacionarios, sobre la base de la teoría que ella concierne no sólo al ingreso nominal, sino también, al real.²⁴

En otros aspectos, por supuesto, el lazo entre las instituciones políticas y la judicatura ha sido considerablemente más fuerte en algunos países latinoamericanos que en los Estados Unidos. Mientras las consultas entre Presidente y la judicatura son excepcionales y mal vistas en los Estados Unidos, en Argentina resultan comunes. El presidente Alfonsín las hizo y también las hace el presidente Menem. El acuerdo contra el aumento del número de jueces de la Corte Suprema para disponer de nuevos nombramientos también es menos robusto que en los Estados Unidos. En 1990, por ejemplo, el presidente Menem propuso legislar aumentando el número de jueces de cinco a nueve, y en cuanto esa legislación fue aprobada, procedió a llenar las nuevas vacantes con candidatos de su propia elección.²⁵ Todo esto fue hecho en un contexto en que

²³ Constitución Política de La República de Chile, art. 75 (1980) (en adelante Const. de Chile), traducido por Jay A. Sigler Et. AL., *4 Constitution of the Countries of The World: Chile* (Albert P. Blaustein y Gisbert H. Flanz eds., 1991); Rosenn, Keith S., "The Protection of Judicial Independence in Latin America", 19 U. Miami Inter-Am L. Rev. 1, 19-21 (1987).

²⁴ Bonorino Perú v. Estado Nacional, Corte Suprema de Argentina, 15 de noviembre de 1985, 116 E.D. 321 (1985) y decisiones del 4 de diciembre de 1985 y 4 de abril de 1986 (1986-II) J.A. 376, 377; Rosenn, supra nota 22, pág. 29-30. Pero véase id. n.48 (da cuenta de la disminución del porcentaje del presupuesto nacional argentino dedicado a la judicatura federal).

²⁵ "Argentina: Controversy Surrounding the Judiciary", 45 Int'l Commission Jurists Rev. 1,4 (1990).

el partido de Menem controlaba el Senado (que debe confirmar las designaciones) y donde la lealtad partidista se daba por hecho. Para agravar las cosas, el presidente Menem fue acusado de haber ofrecido cargos diplomáticos para estimular la renuncia de los jueces designados por su predecesor.

En todas estas controversias el supuesto de fondo es similar al que estaba presente en nuestro análisis de la independencia judicial de los Estados Unidos. Asumimos que estamos tratando con un régimen democrático continuo y que lo que necesitamos encontrar es la cantidad apropiada de insularidad política, que satisfaga a la vez las necesidades de autoridad judicial y de soberanía popular. Sin embargo, la reciente experiencia de Latinoamérica, en particular la de las transiciones del autoritarismo a la democracia en Chile y Argentina en la década de los ochenta, requiere que consideremos una situación diferente, la de una democracia en transición, en oposición a una democracia continua. Estas transiciones sugieren una nueva e importante calificación del ideal de independencia judicial, el cual está limitado más extensamente. No sólo la independencia es un ideal que debe ser optimizado más que maximizado, sino que es también relativo según el régimen de gobierno. Creemos que la judicatura debiera estar aislada políticamente del régimen del cual forma parte, pero ¿debe ser independiente de los regímenes sucesores?

La naturaleza relativa de la independencia en relación al régimen de gobierno puede ser ilustrada por otra referencia a Argentina. En ese país, una dictadura militar tomó el poder en 1976 y gobernó hasta 1983, momento en el cual la junta llamó a elecciones que resultaron en la elección de Raúl Alfonsín, quien entonces restituyó el gobierno constitucional a tal grado que incluso llegó a procesar a la junta de gobierno por violaciones a los derechos humanos.²⁶ En el período de 1976 a 1983 la junta utilizó instituciones preexistentes para gobernar, incluyendo a los tribunales. Sin embargo, la junta no utilizó esas instituciones de acuerdo a las normas establecidas en la Constitución. En general, la junta no se entrometió en las cortes inferiores, pero designó su propia Corte Suprema.²⁷

En 1983, cuando vino la transición, los jueces de la Corte Suprema designados por la dictadura ofrecieron sus renunciaciones, como de hecho era costumbre en Argentina en circunstancias como ésta.²⁸ Yo argumentaría que

²⁶ Para una discusión general de la historia política reciente de Argentina, véase Stotzky, Irwin P., "The Fragile Bloom of Democracy", 44 U. Miami L. Rev. 105, 109-14 (1989); Nino, Carlos S., "The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put Into Context: The Case of Argentina", Yale L.J. 2619, 2622-23 (1991).

²⁷ Garro, Alejandro M., "The Role of the Argentine Judiciary in Controlling Governmental Action Under a State of Siege", 4 Hum. Rts. L.J. 311, 314-15 (1983).

²⁸ "Argentina: Controversy Surrounding the Judiciary", supra nota 25, pág. 2. Pero véase Rosenn, supra nota 23, pág. 27 (describe los cambios en la corte, anteriores a 1976, como destituciones); Garro, supra nota 27, pág. 314 (describe dichos cambios

incluso, en caso que no hubieran sido tan serviciales, el Presidente Alfonsín podría haber demandado su renuncia e intentado acusarlos constitucionalmente. En la práctica puede no haber tenido el poder para hacerlo, pero para nuestros propósitos lo importante es que tenía la autoridad moral para hacerlo: la norma de independencia no lo constreñía. No se podría haber exigido a Alfonsín que respetara a los jueces designados por el régimen anterior, no sólo porque dicho régimen fue antidemocrático, sino fundamentalmente porque era otro régimen. La independencia no exige que un régimen acepte los jueces designados por otro.

Por supuesto que si tuviéramos una situación donde un régimen democrático fuera derrocado por una dictadura y la transición fuese en sentido contrario, podríamos querer que los dictadores dejaran en sus oficios a los jueces designados por el anterior gobierno democrático. Podrían actuar como una fuerza de contrapeso. Pero me parece que el deseo de dejarlos en esos cargos no deriva del ideal de independencia judicial, sino más bien de otros factores como nuestro compromiso con la naturaleza democrática del antiguo gobierno, la idea de que la pretensión de poder del antiguo gobierno es más legítima que la del usurpador, o simplemente la esperanza de que los antiguos jueces utilizarán su poder para moderar el poder del dictador. Estos factores son considerables y bien pueden otorgar las bases para una regla asimétrica -una que obligaría a los dictadores a respetar a los jueces de la democracia, pero que permitiría a los demócratas liberarse de los jueces de la dictadura- pero es difícil ver cómo tal regla puede ser debidamente fundamentada en el reclamo de una independencia que deriva de la naturaleza misma de la función judicial. Imaginemos por un momento que una dictadura desplaza a otra y así ninguno de los factores relacionados a una democracia del primer régimen estarían presente. ¿Insistiríamos en que el nuevo dictador tiene la obligación de respetar a los jueces del régimen previo? Lo dudo. Obviamente, la calificación que propongo para el ideal de independencia hace crucial la amplitud que uno asigne a la noción de cambio de régimen, tema que requiere mayor investigación y elaboración. En este punto debe enfatizarse que se requiere algo más que un cambio ordinario de gobierno: debe tratarse de un quiebre decisivo con el pasado, casi un cambio constitucional. El cambio de Alfonsín a Menem en 1989 fue simplemente un cambio de gobierno: la transferencia de poder de la junta a Alfonsín en 1983 fue un cambio de régimen. En otros casos, por ejemplo Chile en 1989, será más difícil asegurar si hubo o no cambio de régimen. Aun allí la estructura que propongo, que concibe a la independencia como una virtud relativa al régimen de gobierno, puede ayudar a comprender las estrategias de las cuales dispone el nuevo gobierno.

En 1973, el General Augusto Pinochet tomó el poder del gobierno de

como un "saneamiento").

Salvador Allende.²⁹ Desde entonces hasta 1980, Pinochet sostuvo que gobernaba de acuerdo a la Constitución, pero ello era una farsa. Él asumió la presidencia a través de la fuerza, el Congreso fue disuelto, generales fueron puestos a la cabeza de organismos públicos civiles, y aunque los tribunales continuaron sus funciones, el recurso de amparo fue efectivamente suspendido.³⁰ En 1980, Pinochet propuso una nueva Constitución, que fue entonces aprobada mediante un plebiscito conducido sin un debate libre y abierto. La nueva Constitución revisaba y complementaba radicalmente la Constitución de 1925, introduciendo diversos elementos autoritarios.

La Constitución de 1980 mantenía el sistema presidencial, pero reestructuraba el Congreso y postergaba las elecciones parlamentarias hasta 1989. Establecía además que Pinochet retendría la presidencia hasta marzo de 1989.³¹ Antes de esta fecha se llamaría a un plebiscito para determinar si el General permanecería en su cargo por otros ocho años. Si perdía, se realizarían elecciones prontamente para determinar quién lo reemplazaría como presidente (independientemente del resultado, Pinochet permanecería como comandante en jefe del Ejército hasta 1997). Desde 1983, el reinado del terror disminuyó y el clima político mejoró en Chile. De todos modos pareció un milagro que la oposición venciera a Pinochet en el plebiscito de octubre de 1988 y después se las arreglara para que en la elecciones de diciembre de 1989 resultara electo como presidente Patricio Aylwin y no el candidato de Pinochet.³² Aylwin es un Demócrata Cristiano, pero fue apoyado en esa elección por una coalición de unos diecisiete partidos.

El Presidente Aylwin asumió el mando en marzo de 1990, empezando un período de cuatro años prescrito por la Constitución. El propósito de su gobierno era efectuar una transición tranquila y durable hacia la democracia. Gobernó con una amplia base política, pero siempre de acuerdo a los términos de la Constitución de 1980, aunque ese documento fue adoptado durante un reino del terror, lo que obviamente coloca en tela de juicio su validez. En julio de 1989,

²⁹ Para una revisión del pasado reciente de Chile, véase Sigler Et Al., *supra* nota 23, pág. 15-36.

³⁰ Los procesos militares evitaron una coerción dentro del marco legal. Dichos procesos generalmente involucraban procedimientos sumarios y violaciones del debido proceso. Frühling, Hugo, "Repressive Policies and Legal Dessents in Authoritarian Regimes: Chile 1973-81", 12 *Int'l J. Soc. L.* 351, 354 (1984). La Corte Suprema de Chile rechazaba los Recursos de Amparo en terrenos dentro de los cuales el Código de Justicia Militar no permitía intervenir a los tribunales civiles, en casos regulados por leyes marciales. *Id.* pág.363-64, 370.

³¹ Const. de Chile, disposición transitoria N° 14, discutida en Sigler Et Al., *supra* nota 23, pág. 28-29.

³² Véase Falcoff, Mark, "Modern Chile 1970-1989: A Critical History", 311-12 (1989).

el Congreso recientemente elegido enmendó la Constitución para remover sus disposiciones más draconianas.³³ pero el procedimiento de reforma era muy complicado y no hubo más reformas. Los artículos más importantes sólo pueden ser enmendados por los tres quintos de los votos de ambas cámaras³⁴ y nueve de los cuarenta y siete Senadores son designados en vez de elegidos. Como la Constitución de 1980 disponía, dos de los nueve fueron directamente designados por Pinochet (actuando como presidente) y los restantes siete fueron designados por instituciones controladas por él, el Consejo de Seguridad Nacional (que designó cuatro) y la Corte Suprema (que designó tres).³⁵

También se debería enfatizar que, durante el gobierno de Aylwin, Pinochet tenía el control del ejército y presumiblemente estaba preparado para usar ese poder con el objeto de proteger su Constitución. En efecto, en mayo de 1993 Pinochet puso en escena una exhibición escalofriante de fuerza militar en el centro de Santiago. Su propósito era demostrar su disconformidad con los métodos utilizados por el Presidente en la conducción de ciertas materias que afectaban al ejército, incluyendo la investigación que se llevaba contra militares por violaciones a los derechos humanos durante la dictadura.

Aylwin no sólo asumió en virtud de la Constitución de 1980 y del poder militar que la sostenía, sino que además heredó una Corte Suprema moldeada en gran medida por Pinochet. Cuando el General tomó el poder en 1973 disolvió el Congreso, pero dejó a la Corte Suprema -poco amiga de Allende- en el poder.³⁶ El presidente de la Corte, Enrique Urrutia Manzano, puso la banda presidencial al General y orgullosamente declaró, "dejo el poder judicial en sus manos". A diferencia de la junta argentina, Pinochet no reemplazó a los jueces individualmente cuando llegó al poder -no había necesidad- y, en general, las resoluciones de la Corte Suprema apoyaron o reforzaron el gobierno de Pinochet. La Constitución de 1980 dejó sin cambios al personal y a la estructura de la Corte Suprema, sólo con una excepción. Mientras el retiro a los setenta y cinco años se había convertido en una exigencia constitucional (previamente era una regulación administrativa, pero fue rota durante los años de Pinochet), una

³³ Para un análisis de una de dichas disposiciones, el notorio artículo octavo, véase Ruiz-Tagle, Pablo, "Debate Público Restringido en Chile (1980-1988)", 16 *Revista Chilena de Derecho III* (1989).

³⁴ Const. de Chile, art. 63, traducido por Sigler Et Al., supra nota 23, pág. 55.

³⁵ Const. de Chile, art. 45 (fue reformado), traducido por Sigler Et Al., supra nota 23, pág. 50.

³⁶ Una de las principales justificaciones de la intervención militar fue la restauración del orden militar. Rosenn, supra nota 23, pág 30-31. El gobierno de Allende se negaba a hacer cumplir las decisiones de la Corte Suprema que ordenaban la restitución de tierras ilegalmente ocupadas y de empresas ilegalmente intervenidas. Velasco, Eugenio, "The Allende Regime in Chile: An Historical and Legal Analysis (part 2)", 9 *Loy. L.A. L. Rev.* 711, 725-27 (1976).

excepción fue hecha para los ministros en ejercicio.³⁷ Ellos podrían servir de por vida.

En 1973 la Corte Suprema se componía de doce jueces. Bajo Pinochet la Corte fue expandida, hasta que en 1988 tenía diecisiete miembros. Entre 1973 y 1988 cinco de los doce asientos originales en la Corte quedaron vacantes y fueron llenados por Pinochet, lo que significó que al tiempo del plebiscito de 1988 diez de los diecisiete ministros habían sido designados por Pinochet. Aun más, inmediatamente después del plebiscito, pero antes de las elecciones de diciembre de 1989, dos ministros anteriores a Pinochet dejaron la corte (uno murió y otro se retiró). Pinochet ofreció generosas indemnizaciones por retiro a los ministros que permanecían en su cargos, llamadas "paracaídas de oro".³⁸ Seis aceptaron esta oferta —dos de los cuales habían sido designados antes de 1973— y Pinochet también llenó estas vacantes. Esto significó que para el momento en que Aylwin asumió el poder en marzo de 1990, enfrentó una Corte Suprema que contaba con un total de catorce jueces designados por Pinochet, algunos de los cuales estaban recién designados. Los otros tres no habían sido designados por Pinochet —uno lo fue por Allende en 1971 y los otros dos fueron designados a mediados de los años de 1960 por Eduardo Frei, demócrata cristiano— pero todos ejercieron sus cargos durante la dictadura. Entonces, el nuevo presidente tenía que enfrentar el dilema —sólo hipotético en el caso de Alfonsín en Argentina— de si acaso debía o no respetar la independencia de esos jueces que, o fueron designados por el dictador, o lo sirvieron durante su régimen.³⁹ ¿Qué podía hacer

³⁷ Const. de Chile, disposición transitoria N° 8.

³⁸ Carta de Rodrigo P. Correa a Owen M. Fiss (oct. 19. 1992) (en archivo del autor).

³⁹ La sensibilidad de la Corte Suprema hacia los límites de su poder salió a la luz en el manejo que hizo de la controversia que envolvió a Carlos Cerda, un ministro de Corte de Apelaciones realmente admirado por los grupos de derechos humanos en Chile. El conflicto comenzó mediando los años ochenta, antes de que el Presidente Aylwin llegara al poder, cuando Cerda llevaba a cabo una investigación de la desaparición en 1976 de trece miembros del Partido Comunista. Las personas acusadas de este crimen alegaron que la investigación estaba cubierta por la ley de amnistía de 1978. La Corte Suprema aceptó esta tesis y ordenó a Cerda abandonar la investigación. Cuando él se negó a hacerlo, la Corte Suprema lo suspendió por dos meses. Esto ocurrió en 1986. En 1990, después del plebiscito que sacó a Pinochet y después de la elección de Aylwin, Cerda reasumió la investigación y la Corte Suprema respondió reafirmando su anterior orden requiriéndole que se desistiera. Cerda suspendió el procedimiento, pero se negó a abandonar totalmente el caso. Entonces, la Corte Suprema emitió una orden requiriendo al Presidente para que removiera a Cerda de su cargo. Hubo entonces un inmediato y enorme escándalo público sobre este caso y, siguiendo una petición formal de reconsideración por parte de Cerda, la Corte Suprema echó pie atrás. No obstante, Cerda cerró últimamente el caso en agosto de 1990. A pesar de su acatamiento de la orden de la Corte Suprema, este tribunal aplicó a Cerda una sanción disciplinaria en enero de 1991, suspendiéndolo, a medio salario, por dos meses. Para la distintiva

Aylwin legítimamente para controlar la Corte?

Para responder a esta pregunta es importante tener en cuenta la compleja y particular situación a la que tuvo que hacer frente Aylwin. Por un lado, su poder derivaba de la Constitución de 1980, por lo que no estaba completamente libre de las restricciones que imponía. Por otro lado, dados los elementos no democráticos de la Constitución de 1980, las circunstancias bajo las cuales fue adoptada, y el repudio de Aylwin hacia las políticas dictatoriales de Pinochet, el gobierno de Aylwin bien podría interpretarse como un quiebre parcial con el régimen predecesor, una relación que podríamos llamar "cambio parcial de régimen". El Chile de Aylwin, desde este punto de vista, se encuentra en un punto intermedio entre la Argentina de Alfonsín y la Argentina de Menem, entre un agudo quiebre de régimen y un simple cambio de gobierno. En tales situaciones intermedias, soluciones intermedias pueden ser las apropiadas.

Una de dichas posibles soluciones podría ser aumentar el número de jueces de la Corte Suprema, para así permitir al Presidente hacer nuevas designaciones. Esta idea fue discutida en los primeros días del gobierno de Aylwin y, aunque su necesidad fue cada vez menos importante a medida que por retiro o por muerte se iban creando nuevas vacantes,⁴⁰ en 1993 se presentó una propuesta al Congreso para aumentar en cuatro miembros el número de ministros de la Corte Suprema. Dicha propuesta tiene obviamente dos caras: acepta la autoridad de los jueces en ejercicio, pero diluye sus poderes agregando nuevos magistrados. Se debilita así la influencia del pasado, pero no la elimina del todo. Incluso podría alcanzarse una adhesión nominal al principio de insularidad política si el aumento del número de ministros pudiera justificarse en razón de la sobrecarga de trabajo o la necesidad de contar con expertos. No es sorprendente que la propuesta de Aylwin para aumentar el número de ministros de la Corte Suprema fuera unida a otras reformas, incluyendo una que reordenaría la Corte en salas especializadas.

El aumento de los jueces por parte del presidente Roosevelt fue considerado como un ataque impropio a la independencia de la judicatura, y desde entonces en los Estados Unidos ha existido una fuerte tradición en su contra. Sin embargo, esta tradición depende de ciertos supuestos relativos a los términos y condiciones bajo los cuales el poder ha sido adquirido. La posición

concepción de independencia judicial de Cerda, a la cual he denominado "autonomía individual", véase Ruiz-Tagle, Pablo, "Análisis Comparado de la Función Judicial", 39 *Revista de Estudios Públicos* 131, 154-58 (1990).

⁴⁰ Una vacante surgió por la muerte de un ministro nombrado por Pinochet poco antes de la elección, y cuatro otras vacantes surgieron por retiros. Algunos retiros fueron facilitados por el establecimiento, en julio de 1992, de leyes que continuaron el generoso programa de retiro que Pinochet había establecido en 1989. Este sistema se aplicó a los jueces mayores de setenta años y quienes estaban ejerciendo sus cargos en el momento en que la ley fue aprobada.

de los Estados frente al aumento de jueces ha sido forjada en el contexto de una democracia continua -doscientos años de un gobierno cambiante, pero generalmente estable- y sólo tiene una aplicabilidad limitada respecto de las democracias en transición. La verdad es que la década de los 30 fue un período turbulento en la historia constitucional de los Estados Unidos, pero nadie afirmaría que hubo una transformación en la estructura de gobierno que pudiera caracterizarse como un cambio de régimen, sea total o parcial.⁴¹

Lo mismo puede decirse del gobierno de Menem en Argentina, quien debió haber respetado la norma contra el aumento de los jueces. Menem llegó al poder a través de los procedimientos constitucionales, y aunque instituyó una nueva política económica y abandonó -incluso hasta quizá revirtió- la política de derechos humanos del gobierno de Alfonsín, estos cambios estuvieron dentro del marco de la normalidad política. La Argentina de Menem no era una democracia en transición; el Chile de Aylwin era diferente. Aylwin obtuvo el poder a través de un proceso prescrito constitucionalmente, pero quebró con el pasado lo suficiente como para permitirle llevar a cabo alternativas que de otra manera parecerían prohibidas en una democracia continua.

Aunque el esfuerzo para aumentar el número de integrantes de la Corte Suprema ha sido en vano, curiosamente un procedimiento mucho más conflictivo -la acusación constitucional- resultó ser más viable. En enero de 1993 la Cámara de Diputados acusó constitucionalmente a tres ministros de la Corte Suprema. Diez días después el Senado confirmó la remoción de uno de ellos, Hernán Cereceda Bravo. Los tres ministros habían integrado una sala de la Corte Suprema que hacía algunos meses había decidido transferir un caso de derechos humanos desde un tribunal civil a uno militar, decisión que tuvo por efecto práctico el cierre de la investigación. El primer y principal capítulo de la acusación se centró en el fondo de dicha decisión. Se alegó que la decisión de transferir el caso a la Corte Marcial era arbitraria y contraria a las obligaciones que Chile había contraído en virtud de acuerdos internacionales.

Los otros dos capítulos de la acusación se referían a procesos seguidos en contra de opositores al régimen de Pinochet, acusados de intentos de asesinato del General y de asesinato y secuestro de personal militar. Uno de esos capítulos acusaba a los ministros de colaboración impropia con el auditor general del ejército, quien actuaba como fiscal en el proceso criminal sobre el ataque a los militares. El otro se centró en el retraso de la Corte Suprema en resolver la apelación de dos personas acusadas de secuestro a personal militar. El derecho chileno y las propias reglas de la Corte requieren que tales apelaciones sean decididas dentro de quince días. La Corte tardó más de cinco meses en fallar el

⁴¹ Bruce Ackerman no mira al New Deal como un régimen de cambio, pero lo describe como un momento decisivo en la historia de los Estados Unidos "a través del cual profundos cambios en la opinión popular se ganaron autoridad de reconocimiento constitucional". Ackerman, *supra* nota 21, pág. 41, 47-50.

asunto. Durante todo ese tiempo, dos personas acusadas de secuestro permanecieron en la cárcel.

La Cámara de Diputados dió lugar a la acusación contra cada uno de los tres ministros, en base a los tres capítulos, en una votación de 66 votos contra 39 (hubo una abstención).⁴² Aún así, el Senado decidió por 25 votos contra 20 declarar culpable sólo a Cereceda. Su decisión se basó sólo en el tercer capítulo de la acusación: el cargo que acusaba a los ministros de demorar arbitrariamente una decisión. La aprobación de la acusación que removió a Cereceda dependía del apoyo de tres senadores de derecha y, obviamente, descansó en el más estrecho y técnico de los cargos. Se debe tener presente que Cereceda era ampliamente rechazado y que además había intentado cubrir el atraso de la decisión alterando la fecha en los documentos de la Corte. En esencia, el Congreso estaba expresando su gran desaprobación respecto de la decisión de la Corte Suprema, y debido a las exigencias de la política o al simple hecho de que Cereceda era el más antiguo de la sala, el Congreso centró su descontento sobre él. Nadie puede probar con absoluta certeza que esta fue la base de la decisión del Congreso -semejante prueba no está disponible en el procedimiento de acusación constitucional- sin embargo se trata de un escenario probable y este sólo hecho es una razón para que las personas comprometidas con la independencia judicial se preocupen.

Al considerar la posibilidad de aumentar el número de jueces, argumenté en contra de la transferencia automática a una democracia en transición de las reglas y normas establecidas en una democracia permanente como la de Estados Unidos. Esta misma perspectiva debiera ser la base de cualquier evaluación del uso del poder de acusar constitucionalmente y, como expuse en relación a la Argentina de Alfonsín, este poder debiera ser capaz de acomodar cambios de régimen y de permitir al nuevo régimen remover de sus cargos a aquellos jueces que fueron designados por el anterior o que le sirvieron voluntariamente. Pero la situación del Chile de Aylwin es en alguna medida más compleja, puesto que, como argumenté, aquello no fue un cambio de régimen absoluto sino parcial, que como tal reclama soluciones intermedias. Mientras el aumento del número de ministros parece ser un recurso adecuado, tengo dudas acerca de si lo fue el uso del poder de acusar constitucionalmente durante la administración de Aylwin.

Es cierto que el poder de acusar constitucionalmente fue utilizado para un caso particular y que no hubo un esfuerzo para acusar o remover a todos los jueces que sirvieron bajo el régimen de Pinochet. Los cargos sólo fueron contra tres ministros y uno sólo fue removido. También es cierto que, tal como en el caso del aumento del número de ministros, el Presidente no fue enteramente libre

⁴² La Cámara de Diputados también acusó, en tres capítulos, al general auditor del ejército, pero no fue removido por el Senado.

para completar los nuevos puestos vacantes con candidatos de su propia elección: tuvo que escoger de la corta lista que le presentó la Corte Suprema. Aun así, la acusación constitucional, a diferencia de la decisión de aumentar el número de ministros, involucra a los órganos políticos en la revisión del fondo de las decisiones de la Corte. Esto da justo en el corazón de los valores que la norma de la insularidad política busca desarrollar: un compromiso con la justicia, no con la política. Sin duda se harán esfuerzos para limitar el uso de la acusación constitucional a los errores más graves de la judicatura, pero todos sabemos cuán fácilmente manipulables son estos límites. Una vez desatado, es probable que este uso del poder de acusar constitucionalmente haga a la judicatura más débil frente a las fuerzas políticas y, por tanto, menos capaz de demandar la medida completa de su autoridad.