



Dr. Iván  
**KVASINA**

myf

110

# INDEPENDENCIA JUDICIAL Y DIVISIÓN DE PODERES. DEBATES ACTUALES

myf

111

## Introducción

Desde algunos lugares del discurso político latinoamericano, y también del europeo, se viene insistiendo con la idea de que en la actualidad los sistemas políticos y constitucionales aparecen organizados bajo formas que provienen de las últimas décadas del siglo XVIII. En ese orden de ideas, se ha dicho que la división entre Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial se ha tornado obsoleta, en tanto dataría «de la Revolución francesa», la cual contemplaba una organización del Estado propia de épocas en las que muchos de los avances políticos, económicos y culturales –lo cual incluye, desde luego, los tecnológicos– disponibles en la actualidad eran ciertamente impensables. Dicha perspectiva también propicia una visión fuertemente crítica del rol del Poder Judicial y de su lugar en el esquema de distribución de funciones estatales tildándolo, entre otras adjetivaciones descalificativas, de «rémo-ra de la monarquía» y postulando una visión de las garantías de su indepen-

dencia que las asimila a privilegios incompatibles con un verdadero sistema democrático.

Partiendo de tales coordenadas, se perfilan propuestas que tienden a relativizar la división de poderes estatales considerándola como una concepción perimida e incompatible con las ideas democráticas actuales. Desde estos sectores del pensamiento político, se intenta propiciar un esquema de organización del poder estatal que otorga una clara preeminencia a la voluntad de los órganos políticos de carácter electivo, relativizando –y en algunos casos hasta subordinando– el rol de aquellos otros órganos que ejercen funciones de distinta naturaleza a las encomendadas a los primeros. Incluso, ha llegado a proponerse en ciertos discursos, lisa y llanamente, la eliminación del actual Poder Judicial como órgano gubernamental independiente y su reemplazo por un «servicio de justicia» organizado bajo supervisión del Poder Legislativo y aprobado mediante procedimientos electorales plebiscitarios.

Frente a la relevancia y a las indiscutibles proyecciones que poseen las argumentaciones recién aludidas, nos parece importante aportar unas breves reflexiones que tratarán de articular una preliminar respuesta basada en un repaso de los fundamentos teóricos de la denominada doctrina de la «división de poderes», su evolución histórica y el estado actual de las discusiones que en distintos ámbitos se vienen entablando a su respecto. Todo ello, claro está, dirigido a definir cuáles son los roles principales que hoy se asignan a las estructuras judiciales y al lugar que a ellas cabe, según nuestra visión, asignar dentro del esquema de organización de las funciones estatales en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

## División de poderes. Orígenes. Evolución.

Como ha estudiado atentamente Scott Gordon<sup>1</sup>, las experiencias representadas por Venecia y por las provincias unidas en sus momentos de mayor

esplendor tuvieron una influencia notable y marcaron una impronta especial sobre el desarrollo constitucional en Inglaterra en el siglo xvii, así como en la incipiente aparición del principio de separación de poderes en su concepción de sistema de frenos y contrapesos (*checks and balances*).

Es en el siglo xvii el momento en que comienza a producirse el paso de los sistemas de gobierno mixto a la separación de poderes. Ya en 1657, Leve-llers publica el libro «An examination of the political part of Mr. Hobbes' Leviathan», que tiene un papel fundamental en la división de las funciones del Estado, afirmando que «Hay un triple poder civil, o al menos, tres grados de ese poder: el primero es el legislativo, el segundo el judicial y, el tercero, el ejecutivo», y divide el ejecutivo en actos de juzgamiento y actos de ejecución, momento en que se divide (por primera vez) la legislación y la ejecución de las leyes.

Hacia 1690 ya se tenía conciencia de la necesidad de limitar los poderes

del Parlamento y del Rey, lo cual explica la aparición de John Locke proponiendo establecer límites a ambos poderes, y sentando claramente que la razón del establecimiento de un gobierno es debido a las insuficiencias del estado de naturaleza, en tanto allí falta «una ley establecida, fija y conocida», «un juez público e imparcial» y «un poder que respalde y dé fuerza a la sentencia cuando ésta sea justa». En esta línea de pensamiento, asiente que la división orgánica de los poderes sería uno de los requisitos legitimadores del Estado constitucional<sup>2</sup>.

Pero ha sido, sin duda, Montesquieu quien actuó como auténtico difusor de la idea de limitación del poder como medio de alcanzar la libertad. En el capítulo cuatro del libro nueve de su conocida obra del espíritu de las leyes, el autor francés sentaba los presupuestos del problema: es una necesidad objetiva limitar el poder para garantizar la libertad de las personas. Pero esa limitación no se reducía a la manida división o separación de poderes (principio que, curiosamente, no

aparece expresamente enunciado en la citada obra), Sino que centraba su punto de atención en la ineludible articulación de un sistema constitucional legal de frenos como medio de salvaguardar la libertad de los ciudadanos.

Esta doctrina no consideraba como elemento objetivo suficiente dividir el poder, pues esa división en sí misma no evitaba en última instancia su concentración en algunos poderes establecidos; dicho de otro modo, la mera separación de poderes no evitaba de forma efectiva que uno de esos poderes terminara, más tarde o más temprano, por ocupar una posición dominante diferente al resto y eclipsar o incluso anular la posición de los demás. La idea clave del modelo constitucional sostenido por Montesquieu no era otra que la construcción de un diseño de equilibrio institucional mediante la inserción de un sistema de balance de poderes que impidiera la concentración de poder y frenara su uso despótico o tiránico.

Resulta difícil negar el acierto de Mon-

tesquieu a la hora de plantear el nudo de la cuestión. Éstas fueron sus palabras: «es una experiencia interna que todo hombre que tiene poder siente la inclinación a abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites. Para que no se puede abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder»<sup>3</sup>.

La aparición en escena de las primeras constituciones liberales fruto de los correspondientes procesos revolucionarios supuso un paso adelante de indudable magnitud en este largo proceso, que se abrió entonces, de limitación del poder.

Inglaterra, tras un convulso siglo xvii, logró a finales de este período reducir notablemente los poderes de la monarquía. La «revolución gloriosa» de 1688 da carta de nacimiento a este proceso. Sin embargo, Inglaterra, paulatinamente irá cambiando su modelo de balance de poderes transformándose en una forma de gobierno parlamentaria en la que el sistema de división de poderes seguirá difuminando,

en la medida en que se produzca una comunión entre la mayoría parlamentaria y el gabinete. La distinción entre poder legislativo y ejecutivo se desvanece en parte. Y surgió así un modelo de colaboración de poderes teñido del juego dominante entre mayorías y minorías, en el que el papel central desde el punto de vista formal lo tendrá el parlamento, pero desde el punto de vista material, será el gabinete el órgano constitucional que se convertirá en la pieza central de la arquitectura institucional del modelo inglés.

La constitución estadounidense de 1787 supo aunar toda esta tradición política institucional de control del poder mediante la aplicación del principio de separación de poderes en su concepción de «*checks and balances*». Y, en lo que interesa al presente trabajo, además de diseñar un sistema en el que el Poder Ejecutivo está separado del Poder Legislativo (y no es designado ni removible libremente por éste), optó por erigir un poder específico dentro de la estructura del gobierno para asumir la función judicial<sup>4</sup>.

En cambio, las constituciones del continente europeo que surgieron tras la revolución francesa de 1789 siguieron una orientación diferente a la del sistema constitucional norteamericano.

Mientras en el mundo anglosajón, especialmente en Estados Unidos, se fue imponiendo como herencia del modelo inglés y también como fruto de las experiencias constitucionales una concepción de balance o de equilibrio del sistema de poderes a través de la doctrina de los frenos y contrapesos, en el continente europeo se produjo un proceso diferente que condujo a un desequilibrio en el balance entre los poderes y en la preeminencia de uno de ellos sobre los demás. Esa dominación se alternó entre los poderes legislativo y ejecutivo no siendo preeminente, en ningún caso ni circunstancia, el judicial. La doctrina europea de aquel entonces era reacia a organizar la judicatura como poder estatal y, en todos los casos, le negaba la condición de poder político. Por lo general, se la divisaba como una función administrativa (de ejecución de la ley)

con cierta autonomía funcional; pero sin contar con la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes<sup>5</sup>.

El Estado legislativo europeo predominó en distintos momentos de la historia constitucional de la Europa continental en los siglos 19 y 20.

Este proceso no logra corregirse sino hasta bien entrado el siglo xx, después de la Segunda Guerra Mundial y también con la finalización de la vigencia de los socialismos reales que existieron en Europa del este bajo la hegemonía política del régimen soviético. Para eso hizo falta reconfigurar el sistema de separación de poderes de la Europa continental mediante la inserción en el sistema constitucional de los tribunales constitucionales que se situaban como órganos diferenciados del poder judicial y con la función esencial de controlar la adecuación con la Constitución de las leyes aprobadas por el parlamento. En tales condiciones se observa la aparición de nuevas funciones y de nuevas instituciones de garantía que se

sustraen a la administración pública y al parlamento y que tienen como objetivo preservar la vigencia de las normas constitucionales y en última instancia proteger de forma efectiva los derechos fundamentales de la persona por parte de las instituciones del Estado.

### **La distribución de las funciones estatales. Enfoques teóricos**

El autor norteamericano M. C. J. Vile<sup>6</sup> ha descrito a la teoría de la división de poderes en sus términos originales estableciendo que la concepción pura del principio de separación de poderes implicaba tres presupuestos de partida: a) la división en departamentos del gobierno en tres categorías (legislativo ejecutivo y judicial); b) La existencia de tres funciones específicas en el gobierno del estado (legislación, ejecución y justicia); c) la separación de personas en el ejercicio de esos poderes; esto es, que las personas que ejerzan en las distintas funciones, en diferentes departamentos,

no puedan nunca coincidir. Con esa separación orgánica funcional y personal se pensaba que podía evitarse la concentración del poder.

Si bien es cierto que esta concepción rígida o pura de la separación de poderes tuvo escasas concreciones históricas, tampoco es menos cierto que esa imagen tripartita del poder ha impactado con fuerza en la noción del principio de separación de poderes que se trasladó al primer constitucionalismo liberal y, especialmente, en Sudamérica en las primeras constituciones de la etapa post revolucionaria. También condicionó la inteligencia de este principio por parte de la doctrina y del pensamiento político dominante en aquellos años.

Ya iniciado el siglo xx y perfilados los lineamientos de lo que actualmente conocemos como «Teoría del Estado» van apareciendo nuevos enfoques que centralizan el análisis en la determinación de las funciones del Estado y en las técnicas y diseños necesarios para su organización y distribución.

En ese orden, y entre otros autores, podemos distinguir a Carré de Malberg quien explicaba que las funciones del poder son las diversas formas bajo las cuales se manifiesta la actividad dominadora del Estado. Para este pensador, la teoría de las funciones estatales responde a la cuestión de saber cuáles son los actos por los que el estado realiza las diversas atribuciones que él mismo pudo asignarse. Al analizar jurídicamente esos actos, establece su distinción y los clasifica en grupos separados, cada uno de los cuales forma una rama de actividad que es una parte de potestad o función del Estado. Así entendidas, las funciones estatales, conforme a una tradición que Carré de Malberg calificaba como «muy antigua», se reducen por unanimidad de los autores a tres grandes clases de actividad: la legislación, la administración y la justicia<sup>7</sup>.

Jellinek, por su parte, consideraba que la actividad del estado consiste unas veces en formular reglas abstractas, que son leyes, y otras a desempeñar múltiples cometidos me-

diantes disposiciones tomadas de conformidad con las leyes o dentro de los límites de las leyes, y el conjunto de estas disposiciones constituye así el objeto de una segunda función. Pero, al llegar a este punto, Jellinek hace intervenir la consideración de los fines: observa que entre los actos de la segunda especie, unos se refieren a la conservación y desarrollo de la cultura nacional, mientras que los otros –consistentes en fijar jurisdiccionalmente un derecho dudoso o discutido– tienden al mantenimiento y a la protección del derecho. De la combinación de ambos puntos de vista, dicho autor deduce, pues, la distinción entre la legislación, la administración y la justicia.

Hans Kelsen distinguía las funciones de Legislación (creación de normas generales por cuerpos legislativos) de las funciones de ejecución (creación de normas individuales sobre la base de las normas generales). En este segundo grupo el autor emplazaba tanto a la función ejecutiva como a la jurisdiccional.

La escuela italiana de derecho público, por su parte, propició la distinción material entre tres funciones: a) legislativa: crea las normas generales del ordenamiento jurídico; b) Ejecutiva: actividad que despliega el Estado para alcanzar sus propios intereses inmediatos y concretos; c) Jurisdiccional: resuelve conflictos intersubjetivos aplicando y restableciendo la vigencia de las normas del ordenamiento vulneradas.

Desde el punto de vista orgánico o subjetivo, esta escuela consideraba que en todos los estados democráticos modernos se aceptaba, por lo menos en líneas generales, la teoría de la división de poderes por la cual cada función del Estado se confía a un órgano o grupo de órganos distintos para cada una de ellas. Pero se consideraba que en los ordenamientos modernos esta teoría se aplicaba con ciertos correctivos que la transformaban en una teoría de «distinción y colaboración de los poderes»<sup>8</sup>.

En la actualidad, se advierte la pre-

sencia de teorías «dualistas» de las funciones del Estado.

En este sector, se destaca el pensamiento del reconocido jurista Luigi Ferrajoli.

Considera este autor que en las modernas democracias la red de los poderes públicos resulta mucho más compleja de lo que sugiere la vieja tripartición diseñada en el siglo XVIII. Así, «además de las relaciones entre los tres clásicos poderes del Estado, existen relaciones entre poderes estatales, supraestatales, infraestatales, poderes federales y regionales, poderes económicos y poderes públicos, poderes políticos y autoridades de garantía, poderes de creación legislativa y poderes de aplicación del derecho, poderes decisionales y poderes de control, funciones de acusación y funciones jurisdiccionales»<sup>9</sup>.

El criterio de distinción que identifica esta autor entre las distintas funciones toma como referencia su fuente de legitimación.

A partir de ello, distingue entre «Funciones de gobierno», cuya fuente de legitimación es la representación política, que constituye mediación necesaria de la voluntad popular, y «Funciones de garantía», que reconocen como fuente de legitimación a la voluntad expresada en la ley y por tanto ella es el presupuesto de las decisiones que constituyen su ejercicio.

Ferrajoli emplaza a las funciones de gobierno en la denominada esfera de lo «decidible», que es el espacio de la política, caracterizado por la discrecionalidad y la existencia de límites formales establecidos por las normas constitucionales. Allí quedan incluidas tanto la función legislativa como la gubernamental de dirección política y administrativa.

Las funciones de garantía, en cambio, pertenecen a la denominada «esfera de lo indecible». Ella comprende: a) las funciones de garantía primaria de los derechos de libertad y los derechos sociales; b) las funciones de control; c) las funciones de garantía

secundaria o funciones judiciales. La jurisdicción, propiamente dicha, queda emplazada en este último grupo de funciones<sup>10</sup>.

Dentro de la lógica que nos propone el maestro italiano, es claro que las funciones de garantía quedan encomendadas a funcionarios diferentes de aquellos otros que desarrollan las funciones de gobierno y, como veremos más adelante, deben estar funcionalmente «separados» de estos últimos.

Finalmente, y dentro de la reseña que a título ilustrativo venimos efectuando, no podemos dejar de hacer referencia a los aportes de la teoría política actual en este tema. Y, lógicamente, resulta insoslayable acudir al pensamiento de Guillermo O'Donnell.

Este autor, entre muchas de sus importantes contribuciones a la teoría política argentina y latinoamericana, ha prestado particular atención a la idea de «*accountability* horizontal», que, según nuestra perspectiva, agrega complejidad y riqueza a la temática

que aquí estamos analizando.

Partiendo de considerar que constituye un elemento necesario en las poliarquías actuales (tal como las concibe Robert Dahl<sup>11</sup>), la ha caracterizado como «la existencia de agencias estatales que tienen la autoridad legal y están fácticamente dispuestas y capacitadas para emprender acciones, que van desde el control rutinario hasta sanciones legales o incluso *impeachment*, en relación con actos u omisiones de otros agentes o agencias del estado que pueden, en principio o presuntamente, ser calificadas como ilícitos». Según este autor, dichas acciones «ilícitas» pueden afectar a tres esferas principales: 1) la democracia, que puede resentirse por decisiones que cancelan las libertades de asociación o introducen fraude en las elecciones; 2) la liberal, es infringida cuando agentes estatales violan, o permiten a actores privados violar, libertades y garantías tales como la intimidad, el domicilio, la prohibición de la violencia doméstica y la tortura, el derecho de cada persona a un jui-

cio imparcial y otras similares; y 3) la republicana. Se trata de acciones de funcionarios que, electos o no, suelen ocupar altos cargos en el Estado o el régimen y llevan adelante actos implican una desobediencia palmara de la ley o que dan clara prioridad a los intereses privados y no a los públicos<sup>12</sup>.

Este tipo de *accountability* convive con la denominada «*accountability vertical*» a través de la cual los ciudadanos y las ciudadanas, a través de elecciones libres y regulares, pueden castigar o premiar a los gobernantes votando en favor o en contra de ellos.

En definitiva, el pensamiento del gran politólogo argentino nos remite a una serie de mecanismos institucionales y organismos de gobierno que, de manera similar a lo que ilustraba Ferrajoli al referir a las instituciones de garantía, se encargan de velar por el cumplimiento de la legalidad constitucional, resguardando las reglas de juego del sistema democrático, las libertades individuales y la transparencia en la acción gubernamental. Todo

ello, que persigue –como ya se dijo– la finalidad de configurar una real poliarquía, no hace sino generar nuevas dimensiones y perspectivas al entramado de funciones estatales y a su efectivo ejercicio por parte de los organismos gubernamentales.

### **Criterios actuales de distribución de funciones. ¿Vigencia del viejo axioma de separación de poderes?**

Luego del breve panorama recién presentado (que lejos está de agotar el abanico de perspectivas que sobre esta temática pueden encontrarse en la actualidad) llega la hora de analizar las derivaciones que las corrientes más actuales han encontrado respecto de cómo organizar dentro de los estados modernos el ejercicio de las múltiples funciones que a éstos se les reconocen.

El maestro Ferrajoli, dentro del esquema teórico expuesto en el punto anterior, propone llamar separación

de poderes «al principio organizativo en virtud del cual funciones distintas se especializan mediante su atribución a instituciones entre sí independientes». Y reserva la expresión «división del poder» para designar la articulación del poder de manera tal que, gracias a recíprocos controles y equilibrios, la competencia relativa a una misma función queda dividida entre instituciones, u órganos y/o funcionarios distintos, a fin de que el poder de uno delimite el del otro, siendo ejemplo paradigmático de este supuesto el de las relaciones entre gobierno y parlamento en las democracias parlamentarias<sup>13</sup>.

Siguiendo tal línea de razonamiento, plantea que los poderes públicos, si se encuentran fundados en fuentes de legitimación distintas, deben estar «separados», o sea, atribuidos a órganos entre sí independientes; mientras que deben estar «divididos» cuando, al contrario, desarrollen la misma función o en todo caso sea idéntica su fuente de legitimación. En los sistemas parlamentarios mientras que

entre poder legislativo y poder ejecutivo se justifica la con-división, teniendo esos poderes una única fuente de legitimación que es la representación popular, la separación entre poder legislativo y poder ejecutivo de un lado y poder judicial de otro excluye la con-división de las respectivas funciones por ser diferente su fuente de legitimación: para los primeros la representación política en función de intereses generales, para el segundo, la rígida sujeción a la ley a través de su aplicación sustancial<sup>14</sup>.

Contundentemente, afirma Ferrajoli que el caso más importante, pero no el único, de «separación de poderes» «... es el de la función judicial con respecto a la legislativa y a la de gobierno»<sup>15</sup>.

En el ámbito de la teoría política, O'Donnell explicaba que su definición de *accountability* exige la existencia de «agencias estatales autorizadas y dispuestas a supervisar, controlar, rectificar y/o sancionar actos ilícitos de otras agencias del Estado. Las primeras agencias deben poseer no sólo

autoridad legal para proceder de esta forma sino también autonomía suficiente respecto de las segundas». Y concluye su reflexión afirmando: «Éste es, por supuesto, el viejo tema de la división de poderes y de los pesos y contrapesos entre ellos. Incluye las instituciones clásicas del ejecutivo, el legislativo y el judicial, pero en las poliarquías contemporáneas también abarca a diversas agencias de supervisión, *ombudsmen*, contralorías, fiscalías y semejantes»<sup>16</sup>.

Este autor, al formularse la pregunta sobre cómo reformar la *accountability* horizontal, entre las distintas respuestas que articula destaca la siguiente: «ayudaría mucho contar con un poder judicial altamente profesionalizado, bien provisto de un presupuesto todo lo independiente que sea posible del ejecutivo y el congreso, y que en sus decisiones sea claramente autónomo con relación a esos otros poderes»<sup>17</sup>.

En la Teoría del Estado contemporánea, resulta insoslayable acudir al

pensamiento de uno de los autores más destacados de nuestro ámbito académico, el Dr. Mario Resnik. Este intelectual ha introducido una novedosa perspectiva del Estado desde la teoría de los sistemas. Y en lo que aquí nos ocupa, ha propiciado una visión sobre la distribución de las funciones estatales entre distintos órganos dentro de la cual cada uno de los «poderes» constituye un subsistema dentro del sistema estatal que, a su vez, actúa en intercomunicación permanente con los otros «poderes» extraestatales. Para este autor el diseño de «*checks and balances*» no es otra cosa que un esquema de equilibrio inestable de los subsistemas dentro del Estado<sup>18</sup>.

Pero aún dentro de esta particular visión del Estado, sus órganos y sus funciones, el citado autor rescata la vigencia actual de la denominada «división o separación de poderes» como fórmula de reparto o asignación de competencias funcionales a distintos órganos estatales porque de lo que se trata, según propone, es

de «impedir la acumulación de todas las funciones estatales en una sola mano, sea la de un individuo o la de un grupo exclusivo, cerrado y monopólico». Y agrega que ello no es patrimonio exclusivo de la doctrina liberal sino también de la doctrina democrática moderna que cuenta, entre sus postulados, a la descentralización en el ejercicio del poder público estatal<sup>19</sup>.

Ahora bien, la tendencia que venimos exponiendo no sólo se observa en el ámbito de las concepciones teóricas propias de los ambientes académicos sino que también existen importantes posicionamientos en el orden internacional y, principalmente, en el área del derecho internacional de los Derechos Humanos. Tales pronunciamientos reivindican la división de poderes como mecanismo de reaseguro de la independencia judicial y en tanto esta última constituye una garantía necesaria para el pleno respeto de tales derechos.

Así, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, ha condenado

«toda situación en que las funciones y competencias del poder judicial y del poder ejecutivo no sean claramente distinguibles o en la que este último pueda controlar o dirigir al primero»<sup>20</sup>.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, ha observado con preocupación «...que uno de los más graves riesgos que todavía prevalece en la región es la ausencia de reconocimiento del principio de separación de poderes en el ordenamiento de los Estados y el establecimiento, por el contrario, de la subordinación del Poder judicial al Ejecutivo» e insistió con que «la independencia del Poder judicial y su clara separación respecto de los otros poderes debe ser respetada y garantizada tanto por el Poder ejecutivo como por el Poder Legislativo, lo cual parte por el reconocimiento normativo de su independencia y la no injerencia de otros poderes. Para la CIDH esta garantía, además debe estar establecida en el marco normativo a través del reconocimiento del principio de separación de poderes...»<sup>21</sup>

### Algunas conclusiones

El panorama recién expuesto, nos revela que la división de poderes forma parte inexcusable de la arquitectura del Estado liberal de Derecho que, con transformaciones sucesivas, ha llegado hasta nuestros días, y que todavía hoy, superando problemas contingentes, permite asegurar a los ciudadanos no sólo su libertad política sino también sus derechos fundamentales, conformando, así, la arquitectura del actual Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Y queda claro también que sin el juego de las diversas reglas de la división de poderes, no existe ni Estado de Derecho ni sistema democrático. La concentración de poder en pocas manos y la ausencia de mecanismos de control en el ejercicio de los poderes estatales constituyen un severo riesgo para los espacios de libertad individuales y para la consolidación de una forma de estado que fundamente el ejercicio del gobierno a partir de las decisiones de las grandes

mayorías ciudadanas, con respeto por los derechos de las minorías. Por otro lado, es claro que la división orgánica de los poderes es uno de los requisitos legitimadores del Estado constitucional.

Adviértase también que el piso de convivencia y el piso de derechos fundamentales necesarios para que pueda desarrollarse cualquier sistema democrático requieren la presencia de un mecanismo institucional de reaseguro que no es otro que un Poder Judicial independiente.

Ese Poder Judicial independiente a través, principalmente, del ejercicio del control de constitucionalidad y de convencionalidad constituye el último resguardo de la vigencia de las reglas de juego del sistema democrático y de las libertades necesarias para el desarrollo de este último.

Por tal motivo, en una democracia moderna no puede concebirse a la Justicia como un sistema subordinado al ejecutivo o al legislativo. Mucho

menos un Poder Judicial podría concebirse hoy como una rama más de la administración pública.

Si bien es cierto que no existe ningún esquema de separación de poderes que pueda funcionar en todas las épocas y bajo los más diversos supuestos sociales también es cierto que, como afirmó Montesquieu, «no hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo»<sup>22</sup> y que la verdadera «jurisdicción» es impensable sin un grado aceptable de autonomía e independencia que sirvan de reaseguro de la imparcialidad de aquellos y aquellas a quienes les toca desempeñar tan delicada función.

En definitiva, somos de la creencia de que, en el estado actual de evolución de las sociedades democráticas, sólo un esquema institucional de distribución de funciones que asegure un ejercicio separado de la función jurisdiccional respecto de las otras funciones del gobierno permitiría, por una parte, respetar la esencia de la juris-

dicción y, por otra, consolidar las bases de un verdadero Estado Constitucional y Democrático de Derecho. ■

## CITAS

<sup>1</sup> GORDON, SCOTT, «Controlling the State», Harvard University Press, 2002.

<sup>2</sup> LOCKE, JOHN, «Segundo Tratado de Gobierno», Trad. Mario Calichio, Ágora, Bs. As, 1959, págs. 100 y 101.

<sup>3</sup> MONTESQUIEU, del espíritu de las leyes, Madrid, técnicos, 1985, pág. 106.

<sup>4</sup> SAGÜÉS, NÉSTOR P., «Elementos de Derecho Constitucional», 3ª. Edición actualizada y ampliada, Astrea, Bs. As., 1999, T. 1, pág. 617.

<sup>5</sup> SAGÜÉS, Óp. cit., t. 1 págs. 617 y 618.

<sup>6</sup> VILE, M. C. J., *Constitutionalism and the separation of power*, 2ª. Edición, Indianápolis, 1998.

<sup>7</sup> CARRE DE MALBERG, RAYMOND, «Teoría General del Estado», Siglo XXI, Buenos Aires, págs. 249 a 251.

<sup>8</sup> BISCARETTI DI RUFFIA, PAOLO, «Derecho Constitucional», Tecnos, Madrid, 1973, págs. 213 y sig..

<sup>9</sup> FERRAJOLI, LUIGI, «Principia Iuris», Trotta, Madrid, 2007, t. 1, «Teoría del Derecho y la Democracia», pág. 823.

<sup>10</sup> FERRAJOLI, LUIGI, Óp. Cit., págs. 824 y sig.

<sup>11</sup> Este autor requiere para la configuración de un sistema político democrático los siguientes atributos: 1) autoridades públicas electas; 2) elecciones libres y competitivas; 3) sufragio universal; 4) derecho de competir por los cargos públicos; 5) fuentes alternativas de información; 6) libertad de asociación; y 7) libertad de expresión. V. Dahl, Robert, «Democracy and its Critics», New Haven, Yale University Press, 1989, pág. 221.

<sup>12</sup> O'DONNELL, GUILLERMO, «Accountability horizontal» en «La Política. Revista de Estudios sobre el Estado y la sociedad». N° 4, Paidós, Barcelona, págs. 173 y 174.

<sup>13</sup> FERRAJOLI, LUIGI, Óp. Cit., T. 1, pág. 817.

<sup>14</sup> FERRAJOLI, LUIGI, Óp. Cit., T. 1, pág. 824.

<sup>15</sup> FERRAJOLI, LUIGI, Óp. Cit., T. 1, pág. 817.

<sup>16</sup> O'DONNELL, GUILLERMO, Óp. Cit., págs. 175 y 176.

<sup>17</sup> O'DONNELL, GUILLERMO, Óp. Cit., pág. 182.

<sup>18</sup> RESNIK, MARIO, «Teoría del Estado: una aproximación sistémica», C.A.B.A., Eudeba, 2014, págs. 230 y 231.

<sup>19</sup> RESNIK, MARIO, Óp. Cit., pág. 228 y sig.

<sup>20</sup> Observación General N° 32, CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párrafo 19.

<sup>21</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, «GARANTÍAS PARA LA INDEPENDENCIA DE LAS Y LOS OPERADORES DE JUSTICIA. HACIA EL FORTALECIMIENTO DEL ACCESO A LA JUSTICIA Y EL ESTADO DE DERECHO EN LAS AMÉRICAS», Doc. 44, 5 diciembre 2013 (párrafos 32 y 34).

<sup>22</sup> MONTESQUIEU, Óp. Cit., pág 201.