

Venkata Rao\*

## División de poderes en la India y temas afines

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Derechos Fundamentales – debates de la Asamblea Constituyente. III. Derechos Fundamentales– jurisprudencia de la Suprema Corte. IV. Innovaciones procedimentales – artículo 32. V. Separación de Poderes.

### I. Introducción

No se puede negar que el intento de responder a la pregunta “¿cuál es el marco general del sistema jurídico de la India?” es una tarea de enormes proporciones. Deseo reconocer inmediatamente que esta tarea se ha enriquecido con las importantes contribuciones de algunas de las mentes legales más notables de los últimos 63 años. Resulta también evidente que es inútil tratar de ubicar *cualquier* sistema jurídico dentro de categorías predeterminadas a las que se adjuntan ciertos atributos. Lo que es, espero, más ilustrativo es poner a prueba una característica del sistema legal indio, la cual resulta ser de la mayor importancia para este mismo y tan particular como para llevar al Tribunal Supremo a colocarla más allá del poder del Parlamento, para enmendarla conforme al artículo 368 de la Constitución de la India - el federalismo.

De poco sirve realizar una encuesta árida de las muchas definiciones del federalismo que abundan en las democracias constitucionales. Propongo, por lo tanto, preguntar que significan los siguientes tres componentes particulares del federalismo para el Derecho actual de la India: la sugerida “cuadratura” de la separación de poderes y el federalismo; el papel de la revisión judicial en el federalismo; y el impacto acumulativo de estas manifestaciones particulares del principio general.

No puedo hacer nada mejor que comenzar por contar lo que es, a mi juicio, un episodio muy curioso que sucedió en el siglo XVI, y que nos ofrece pistas va-

\* Vice canciller de la Facultad Nacional de Derecho de la India University Bangalore.

lios sobre los desafíos permanentes que el federalismo representa, sin importar la hora, el lugar o la época. El incidente al que me refiero ocurrió en 1678. El Parlamento británico había comenzado un proceso de destitución contra el tesorero Thomas Osborne, Conde de Danby, por conspirar con Francia en contra de los intereses de Inglaterra. Danby, por supuesto, había estado actuado simplemente como vehículo del rey Carlos II, quien había recibido sobornos muy atractivos de los franceses por su “cooperación”. Siguiendo el dicho que dice que uno no debe dejar que la hierba crezca bajo sus pies, el rey Carlos emitió de inmediato un indulto real para Danby, lo que fue una respuesta eficaz que no solo salvó a Danby del juicio político, sino que puso fin a una investigación que habría puesto al Rey en una situación muy vergonzosa. Fue tal vez del rey Carlos II que el presidente George Bush padre obtuvo inspiración, cuando en el último tramo de su presidencia, en diciembre de 1992, decidió perdonar a seis figuras centrales del escándalo Irán-Contra. El Presidente estuvo involucrado presuntamente en un plan para vender armas a Irán con el fin de financiar a los rebeldes de Nicaragua, en violación a las leyes de los Estados Unidos. Al igual que en la situación del rey Carlos en 1678, el indulto aseguró el desvanecimiento prematuro de la investigación que podría haber expuesto su complicidad. Lo que es significativo y preocupante es que el año 2010 no es muy diferente al año 1678. El ejercicio caprichoso de la facultad de indulto, para beneficiar a una camarilla de “socios” políticos y “patrocinadores” financieros, se ha convertido en una alarmante característica cotidiana de la política.

Esto, en definitiva, es uno de los objetivos más importantes de la separación de poderes - el intento por evitar la concentración de poder en las personas o en instituciones particulares, y más importante aún, el intento por crear un sistema que en sí mismo consagre esta salvaguarda, sin exponerla a la merced del dictador benevolente proverbial. El tema puede ser analizado desde diversas perspectivas. La teoría política puede hacer preguntas fundamentales acerca de la conveniencia de la forma parlamentaria de gobierno, así como también es posible analizar estas preguntas sociológicamente, valorando la existencia y el efecto de cualquier sesgo estructural en contra de los pobres u de otra clase desfavorecida. El análisis económico podría formular una comprensión precisa de la toma de decisiones en este debate. Tal vez, lo más importante sería preguntarse si el ejercicio indebido de poder dentro de un sistema surge de la codicia inevitable de los poderes por sí mismos, o de forma más seria, si es atribuible a un defecto *constitucional* - la teoría de la separación de poderes- .

Debemos responder a esta pregunta ponderando las consecuencias jurídicas que conlleva el elegir, como se hizo momentáneamente en la Asamblea Constituyente, una forma parlamentaria de gobierno, la cual otorga al jefe del Ejecutivo una posición de importancia práctica limitada. Dos opiniones se han expresado acerca de la posición del Presidente en la Constitución India. Una de ellas lo ve meramente como la cabeza constitucional del Gobierno, restringido en sus funciones al asentimiento de la ayuda y asesoramiento del Consejo de Ministros. La otra opinión se refiere a que la posición del Presi-

dente de la India no es exactamente análoga a la posición del soberano británico, y lo ve como libre de actuar en su satisfacción personal con el fin de defender la Constitución.

La aceptación del segundo punto de vista es de gran importancia para cualquier poder presidencial, como también para la facultad de indulto, ya que significa que el asesoramiento del Consejo de Ministros (que proviene del partido en control de la legislatura) puede ser ignorado. Por lo tanto, la primera tarea debe ser determinar el papel del Presidente en general, antes de examinar su papel bajo el contexto específico de su facultad de indulto.

En la Asamblea constituyente, el Dr. Ambedkar comentó lo siguiente:

En el proyecto de Constitución se ha colocado a la cabeza de la Unión India a un funcionario que es llamado el Presidente de la Unión. El título de este funcionario nos recuerda al título del Presidente de los Estados Unidos. *Sin embargo, más allá de la identidad de nombres no hay nada en común entre la forma de gobierno predominante en dicho país y la forma de gobierno que se propone en el proyecto de Constitución.* La forma de gobierno estadounidense es conocida como un sistema de gobierno presidencial. Lo que el proyecto de Constitución propone es el sistema parlamentario. Ambos sistemas son fundamentalmente distintos. [el énfasis es nuestro]

Los redactores de la Constitución reconocieron que las formas estadounidense y británica de gobierno buscaban alcanzar dos objetivos muy diferentes - el sistema estadounidense otorga una mayor estabilidad con menos responsabilidad, mientras que el sistema británico da más responsabilidad, pero con menor estabilidad. Esto es principalmente porque el ejecutivo, en la forma que sigue el gobierno británico, está compuesto por miembros de la legislatura, y es conceptualmente imposible tener un ejecutivo independiente del partido que se encuentra en control de la legislatura. Como resultado, el Jefe del Ejecutivo, es decir el Rey, en la práctica es deferido al Jefe del Consejo de Ministros, es decir, el Primer Ministro. En Estados Unidos, por el contrario, el ejecutivo funciona como una unidad independiente y su existencia no depende de la supervivencia de su partido en el Senado. Tras reconocer estas características, los redactores decidieron específicamente adoptar la forma de gobierno británica, indicando en principio que se contemplaba un papel limitado para el Presidente.

¿Qué podemos concluir de todo esto? Tentativamente, es atrayente concluir que existe una clara división en los poderes, dado que el legislativo legisla, el ejecutivo implementa, y el judicial interpreta, mientras que el Presidente actúa como la cabeza simbólica del Estado. Aun siendo una conclusión atractiva, esta posición sólo tiene que señalarse para ser rechazada, ya que la Constitución contempla una *amplia* división de funciones entre los tres órganos de Gobierno. La función judicial investiga, declara y hace cumplir las obligaciones, basándose en los hechos y conforme a las leyes que se supone deben de existir con anterioridad. Desde que la India no ha adoptado una “es-

tricta separación” de poderes, el poder judicial puede ejercer funciones no judiciales. La pregunta es *cuándo* esto está permitido y en qué medida. La literatura en la materia revela un rechazo decisivo de la teoría de la separación pura, y se mantiene a favor de la teoría de la separación parcial. Existe otra tendencia en cuanto a si la teoría de la separación parcial en si misma se justifica considerando que promueve la *libertad* o crea un gobierno *eficiente*. La distinción es importante, ya que a menudo se presenta un conflicto entre la libertad (“equilibrio”) y la eficiencia.

Volviendo al análisis del problema presentado en el episodio del conde de Danby, nos preguntamos: ¿qué medidas ha adoptado el sistema jurídico indio, o cuáles es capaz de tomar, para tratar de alcanzar el más alto nivel de gobierno al menor costo posible? Dicho de otra manera, ¿que dispositivos de fondo y procedimentales han establecido la Corte o el Parlamento con el fin de conseguir un acceso a la justicia económico, rápido y efectivo? Me temo que las respuestas a la primera y tercera pregunta no son alentadoras. Se asume comúnmente que este es el caso de la segunda pregunta también – pero un análisis más detallado nos muestra que esta suposición es errónea, ya que no sólo el Tribunal Superior de Justicia de la India se aventuró en un nuevo enfoque a la separación de poderes, sobre todo en el sentido procesal, sino que también ha actuado como una fuente de inspiración para las democracias incipientes encontrando su sitio en el complicado mundo de las relaciones internacionales. Sin embargo, las innovaciones “sustantivas” son más preocupantes. Para comprender por qué esto es así, debemos tener en cuenta el alcance de los artículos 21 y 32.

## II. Derechos Fundamentales – debates de la Asamblea Constituyente

Munro señaló sobre la Constitución de Estados Unidos, “*los arquitectos de 1787 construyeron solamente las bases. Sus descendientes continuaron integrando muros y ventanas, alas y fachadas, columnas y pórticos para crear una estructura laberíntica que aún no se ha terminado*”. En el caso del artículo 21 de la Constitución India, la Corte Suprema dio inicio a su creación mediante la adición de muros y ventanas, pero es ahora, en el proceso de alterarlo, donde se encuentra el modelo más allá del reconocimiento. En resumen, los descendientes se han convertido en los arquitectos de un nuevo legado y la dudosa validez ha sido objeto de muchos debates comprometidos sobre el actual derecho constitucional de la India.

La fuente del activismo de fondo ha sido el artículo 21 de la Constitución, el cual establece que nadie podrá ser privado de la vida y de su libertad personal, salvo en conformidad con el procedimiento establecido por la ley. De esta forma, es instructivo examinar la historia legislativa de esta dispo-

sición, y las tres fases de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia.

Resulta evidente, partiendo de la historia legislativa, que el artículo 21 se refiere sólo al derecho penal. El constituyente insertó la palabra “personal” antes de libertad, para evitar una construcción tan amplia “... *como para incluir incluso las libertades ya tratadas en el artículo 13[19]*”. Al proponer la cláusula del debido proceso, Baig señaló que “... *debe ser el derecho del ciudadano a acudir a un tribunal para demostrar que las bases sobre las que ha sido arrestado son erróneas...*” El artículo 21 tiene sus orígenes en la Carta Magna, específicamente en el término “*Per Legum Terrae*”, que provee que “*ningún hombre libre deberá ser tomado, o encarcelado, desposeído o prohibido de cierto acto... más que por el juicio legal... por la ley del territorio*”. El debate sobre el artículo 22 refuerza esta interpretación, sobre la que el Dr. Ambedkar señaló, “... *mediante la introducción del artículo 15A, haciendo, si se me permite decirlo, una compensación de lo que se hizo al pasar el artículo 15. En otras palabras, estamos proveyendo a la sustancia de la ley del debido proceso mediante la introducción del artículo 15A*” [el énfasis es nuestro]. El proyecto del artículo 15A [actualmente el artículo 22] se enfrenta con las garantías procesales, tales como el derecho a ser defendido por un abogado, otro indicador del alcance limitado de artículo 21. El contenido sustantivo surge del artículo 22, ya que el derecho a ser defendido por un abogado implica el derecho a la defensa contra una acusación formulada, lo que necesariamente implica un juicio con el derecho al contrainterrogatorio. Por lo tanto, el procedimiento debe ser judicial, y de esta forma se garantiza al acusado su derecho conforme a los artículos 226 y 32, aunque la ley no prevé ningún recurso de apelación. Por lo tanto, el temor de un procedimiento injusto, que en gran medida ocasionó la interpretación expansiva del “procedimiento establecido por la ley”, no se justifica.

El proyecto del artículo 13 corresponde al artículo 19 de la Constitución y ofrece la más clara prueba de que los derechos esbozados en el artículo 19 no tienen cabida en el artículo 21. El artículo 19 sólo aplica para los ciudadanos indios, mientras que el artículo 21 aplica a todo el mundo. El único fundamento de esta distinción es que los derechos enlistados en el artículo 21 son más fundamentales, ya que su violación da como resultado una *consecuencia más grave*; otra indicación, si otra hacía falta, de que el artículo 21 se limita sólo a la privación de la libertad personal a través del proceso del derecho penal. Además, el artículo 21 utiliza el término “privación” de la vida, refiriéndose a la restricción física en su forma más extrema, ya que para la aplicación de esta restricción la persona deja de existir. El término de “libertad personal” toma su forma de estas palabras, y significa la libertad de una persona de la detención. Si esto es verdad, los derechos que son *menos fundamentales* que el artículo 19, que son todos los derechos que la Corte Suprema de Justicia ha leído, ciertamente no deberían ser parte del artículo 21.

### III. Derechos Fundamentales – jurisprudencia de la Suprema Corte

*Gopalan* considera el alcance del artículo 21 y su relación con el artículo 19. El tratamiento que *Saha*, *Cooper* y *Maneka Gandhi* les han concedido es un excelente ejemplo de activismo que va más allá de su tipo, más allá de sus intenciones originales y de su adjudicación. Las preguntas en *Gopalan* eran si una ley de detención preventiva infringía los artículos 19(1) (a-g) y 21, y si el artículo 22 refleja un código completo. Es importante tener en cuenta que *la mayoría sostuvo que el artículo 22 no es un código completo*. Kania CJ adoptó la teoría de “objeto y forma” para sostener que el artículo 19 no se aplica a un preso cuya libertad se ha visto restringida conforme al artículo 21. Como Meredith CJ ha observado, este “amplio” reclamo que el artículo 19 aplica, podría hacer varias de las secciones del Código Penal Indio justiciables y su validez dependería de que fuera considerado como una restricción razonable para los efectos del artículo 19(1-5). Además, el artículo 19(1)(d) no confiere un *simple* derecho de tránsito, sino el derecho de transitar *por todo el territorio de la India*, que, cuando se lee junto con el artículo 19(5), sugiere claramente que aplica a las leyes que restringen la circulación de personas entre los Estados, o dentro de uno, y no a las leyes de detención. Por lo tanto, *Gopalan* estaba en lo cierto al considerar que se trata sólo de una ley que “directamente intenta controlar” un derecho del artículo 19 que debe calificarse como una restricción razonable.

La opinión principal de Bhagwati J. en *Maneka Gandhi* ha sido criticada por dos motivos: en primer lugar, por que parece basarse en motivos irrelevantes; en segundo lugar, por que hace una lectura errónea de un precedente relevante. La principal justificación de una visión amplificada que surge de este juicio se encuentra dentro del contenido de los derechos fundamentales al ser “redactados de manera indeleble en la memoria subconsciente de la raza que luchó por casi treinta años para garantizar la libertad de la dominación británica” y en el deber de la Corte de interpretar ampliamente, un deber declarado, pero no establecido. El resultado de *Maneka Gandhi* se resume de mejor manera en las palabras de Bhagwati, J.: “*La intención de la corte debe ser ampliar el alcance y el ámbito de los derechos fundamentales en lugar de atenuar su significado y su contenido a través de un proceso de construcción judicial*”. Ahora se considera que el artículo 21 incluye todo lo necesario para vivir con “dignidad”. Incluye el derecho a un medio ambiente limpio, a los medios de subsistencia, el derecho a la atención médica, etc. El derecho a la vivienda y el derecho a la privacidad son, de igual forma, parte de su contenido. Sin embargo, este artículo también se ha utilizado para hacer cumplir a las municipalidades con las normas de salud pública; para hacer frente a la amenaza del mosquito; para determinar las condiciones de servicio de los miembros judiciales subordinados; para crear reglamentos apropiados para

los bancos de sangre; para adecuar las precauciones en los campos de tiro del ejército; para lidiar con la escasez de productos químicos; para gestionar y controlar el tráfico en las carreteras y la circulación peatonal; para realizar la construcción de nuevos puentes; etc.

Está claro que esto no concuerdan con la intención de los redactores, la cual hemos desarrollado anteriormente, y en ese sentido tal vez sea contrario al régimen de separación de poderes ideado por la Constitución. Sin embargo, uno puede objetar que la intención de los redactores de una Constitución tiene poca relevancia para las necesidades urgentes del día a día. En efecto, Dworkin sostuvo reconocidamente que “el hacer efectiva la intención original” en realidad *requiere* de activismo, y hace una analogía con el consejo que brinda un padre sagaz a sus hijos, diciéndoles que no deben tratar a los demás “injustamente”. Aunque el padre tiene ejemplos en mente prefiere no dárselos, ya que desea que sus hijos traten a otros justamente en situaciones que el no previó, así como en caso de que lo convenzan de que su concepción de justicia es más justa que la suya. Por lo tanto, el padre es epistemológicamente escéptico, aunque no lo es ontológicamente. La dificultad se encuentra en que esta ingeniosa analogía no logra sostenerse totalmente en el caso del poder judicial. Como señala correctamente Brubaker, si se pretende que un ancestro represente a los redactores, cuya intención es de suma importancia para todos los partidos, entonces se requieren dos grupos de niños, uno que represente al Parlamento y otro a los tribunales, cada uno clamándole al padre que *su* concepción es mejor. Entonces, el padre se mostrará reacio a invalidar cualquier plan que los niños argumenten sea razonablemente coherente con los deseos del ancestro. El argumento se fundamenta entonces en la restricción y no en el activismo.

Dworkin sostiene también que no es más probable que la asamblea legislativa tome ya sea decisiones más *sólidas* o más *justas*; lo primero basado en los principios de la deliberación y en la composición, y lo segundo en el mandato democrático. En cuanto a la justicia, sostiene que es injusto que la mayoría sea juez en su propia causa. Sin embargo, esto supone que la mayoría es el *único* juez, lo que no es el caso. En cuanto a la solidez, argumenta que los tribunales son más propensos a inspirar una aceptación social a largo plazo, pero incluso siendo esto cierto, no es material. También es una proposición dudosa; el activismo de la Corte de Warren dio lugar a un “desplazamiento judicial fuera de la política”, resultado de un intento por resolver demasiados temas controvertidos a través de los principios normativos abstractos y leyes de nueva creación.

Incluso suponiendo que la intención original no es vinculante para los tribunales en los tiempos por venir, hay una buena razón para decir que existe un “rango o banda de desviación admisible” que los tribunales no deben transgredir. *En primer lugar*, la India tiene una Constitución rígida, característica que busca restringir al Gobierno de sí mismo. El proceso de enmienda es anulado si las exigencias sociales obligan a un cambio judicial precipitado de la Constitución. Además, el proceso de cambio judicial está sujeto a menos controles que el artículo 368, y es por ello más propensos a ser alterado. *En se-*



*gundo lugar*, el riesgo de iniciar una pendiente resbaladiza de la supremacía judicial podría comenzar con propuestas bien intencionadas como la *Unión Popular por las Libertades Civiles* o *Vishaka*, pero puede terminar afectando seriamente el equilibrio interinstitucional. *En tercer lugar*, la composición del poder judicial se opone a la formulación de diversas políticas públicas, sobre todo porque la mayoría de las partes interesadas están fuera del proceso contencioso. Mientras que pueden crearse nuevos derechos, a menudo son confinados al papel, como el derecho a la educación, lo que perjudica la credibilidad del poder judicial; un problema que los redactores previeron específicamente al concebir un papel limitado para el poder judicial. *Por último*, la falta de un mandato democrático podría resultar perjudicial en el largo plazo, atenuando su funcionamiento normal. Es claro, por lo tanto, que debe haber una adherencia a un grupo de intenciones originales, y que la jurisprudencia del artículo 21 actúa fuera de estas intenciones originales.

#### IV. Innovaciones Procedimentales – artículo 32

El artículo 32 de la Constitución dispone que la Corte puede emitir ordenes “apropiadas” para reparar la violación de un derecho fundamental. En 1950, el principio *locus standi* fue interpretado en sentido estricto, cuando el Tribunal sostuvo que el artículo 32 sólo se aplica si se presenta un “daño a la parte demandante”. Un accionista, por lo tanto, no puede recurrir a este artículo para buscar la reparación del daño causado a la empresa, a menos que lo haya afectado de forma independiente también. Sin embargo, Mukherjea J. observó en dicha decisión que una “excepción” a esta regla permite que cualquier persona que no sea un “desconocido absoluto” puede obtener el *habeas corpus* para “liberar a otro de una detención ilegal”. Más tarde esta excepción se convertiría en un fenómeno muy común, siendo algunos ejemplos el caso *Sunil Batra* y el *Bhagalpur Blinding Case*.

El estrecho punto de vista del artículo 32 empezó a cambiar con el caso *Fertilizer Corporation*. Chandrachud J. sostuvo que si la propiedad pública se ve afectada, la Corte estaría dispuesta a escuchar a una parte del público que está directamente interesado y afectado. Krishna Iyer J. fue más allá, al considerar que “el proceso legislativo” judicial es requerido en este campo, ya que es en una sociedad donde “las libertades sufren de atrofia”. En este punto,

<sup>1</sup> En la legislación india, el litigio de interés público (PIL -public interest litigation) se refiere a los litigios dedicados a la protección del interés público. Se trata de litigios presentados en un tribunal de justicia, no por la parte agraviada, sino por el propio tribunal o por cualquier otra parte privada. No es necesario, para el ejercicio de la jurisdicción de la corte, que la persona que es víctima de la violación de su derecho debe acercarse a la corte. El litigio de interés público es el poder dado al público por los tribunales a través del activismo judicial [N. de la T.].



el litigio de interés público (PIL)<sup>1</sup> sólo permite a un tercero presentarse en nombre de la parte perjudicada, si él mismo no pudo hacerlo. Por lo tanto, existe una distinción entre un “recurso presentado por el interés público” y un “recurso de interés público” – el litigio de interés público no se refiere a si el objeto del recurso es de interés público, sino más bien a si el autor es capaz de acercarse o no al Tribunal de Justicia. Además se necesita aún de una lesión jurídica específica. Este principio se institucionalizó en S.P. Gupta, pero la Corte también agregó una nueva dimensión al litigio de interés público en esa decisión. Bhagwati sostuvo que también puede haber una situación “*cuando el Estado o una autoridad pública actúa en violación de una obligación constitucional o legal o fracasa al llevar a cabo dicha obligación, resultando en lesiones al interés público o en lo que conveniente puede denominarse como lesiones públicas a diferencia de una lesión privada*”. En esta situación, la Corte se pronunció diciendo que cualquier miembro del público que tenga el “interés suficiente” puede mantener una acción, pues de lo contrario sería desastroso para el Estado de Derecho. Desaprobó también la decisión de la Cámara de los Lores respecto al caso *Gouriet vs. la Unión de los Trabajadores de la Oficina de Correos*, calificándola de “claramente incorrecta” y señalando que podría “embrutecer el Derecho público en Inglaterra”. Por el “interés suficiente”, la Corte parece querer eliminar a los litigantes que utilizan el litigio de interés público para obtener beneficios personales.

La Corte en Gupta se basó en varias decisiones de Lord Denning MR para dilucidar el “interés suficiente”, como *Ex Parte Blackburn*, donde había sostenido que Blackburn podría desafiar la orden del Consejo de Londres permitiendo la exhibición de películas pornográficas, en contra de la ley, porque “él era un ciudadano de Londres, su esposa pagaba impuestos y sus niños podrían verse perjudicados por las películas pornográficas. Por lo tanto, casi cualquier miembro del público sería considerado por la Corte con un “interés suficiente” para mantener una acción en el interés público. Es por ello que la ley en la India de hoy sostiene que cualquier miembro del público puede presentar una petición conforme al artículo 32, si (a) se hace en nombre de un demandante que no puede acercarse a la Corte o (b) si el Estado ha actuado en violación de una obligación constitucional o legal. Venkataramaiah J. en ese caso era más conservador, y no parece haber aceptado el principio (b).

Sin embargo, ahora se estableció que *SP Gupta* es de hecho la autoridad para ambas proposiciones. Se ha aplicado con éxito en varios casos - Swami Agnivesh tuvo lugar en *Bandhua Mukti Morcha*, al igual que los peticionarios en las peticiones que ordenaron investigaciones del CBI en el comercio de la carne, el tratamiento obligatorio de emergencia en los hospitales (Khet Mazdoor Samity), la educación de los hijos de las prostitutas, etc. “La Jurisdicción Epistolar” ha evolucionado, y la Corte trata a las cartas dirigidas a jueces individuales como recursos de petición, no exigiendo las formalidades procedimentales. En el caso *Bhagalpur Blinding Case*, la Corte aceptó las cartas de abogados y periodistas para investigar el asunto. La Corte, de esta manera, se

ha ocupado también de la asistencia jurídica gratuita, de la observancia de las leyes laborales en relación con los Juegos Asiáticos, de los fondos de pensiones de los trabajadores, etc. La validez de este amplio principio *locus standi* se reduce a cuál de las dos escuelas de pensamiento es más aceptable, la de Lord Denning o Gouriet.

Uno puede defender dicho activismo procedimental, señalando el uso de la expresión “órdenes adecuadas” en el artículo 32 y las decisiones de la Suprema Corte que han establecido que no hay nada en la Constitución o en los Debates de la Asamblea Constituyente que requieran que las cortes interpreten esta disposición de forma restrictiva. De hecho, el crecimiento del principio *locus standi* a partir de *Chiranjit Lal a SP Gupta* es en sí un proceso instructivo que establece el uso cuidadoso por parte de una corte de las técnicas del common law para tratar con cautela las zonas que no han sido expresamente excluidas de ella - en una palabra, *este*, y no el activismo de fondo es el “espíritu melancólico” del derecho anglosajón al que el juez Oliver Wendell Holmes famosamente hace referencia.

Habiendo examinado el papel que la Suprema Corte de Justicia ha asignado a las innovaciones sustantivas y procedimentales, es ahora apropiado considerar la separación de poderes a un nivel más elevado de generalidad.

## V. Separación de poderes

La “separación de poderes” en el marco constitucional de la India está muy lejos de tener la forma que presenta en los Estados Unidos. Es, en el mejor de los casos, una separación de las instituciones, acompañada de una separación de las funciones o procesos. Uno de los aspectos más controvertidos de esta coincidencia es la relación entre el poder legislativo-judicial. *Ram Prasad Sahi vs. Unión of India* es uno de los primeros casos en los que la cuestión de esta superposición se presentó ante la Supremo Corte. En este caso, por un acto legislativo, la resolución sobre las tierras por un Tribunal de Custodia fue declarada nula, sin permitir a los beneficiarios el derecho a un recurso legal contra la resolución. Aunque la Alta Corte desestimó el recurso basándose en que no implicaba ningún tema de ningún derecho subjetivo, la Suprema Corte sostuvo lo contrario. El derecho al que se hace referencia es el derecho de todo ciudadano a que sus controversias sean adjudicadas por los tribunales. Este proceso judicial incluye el derecho de audiencia, el derecho a testigos, etc., y este derecho había sido arbitrariamente arrebatado por la ley. No había ningún fundamento razonable de clasificación desde que el Sr. Mishra Prajapati había fracasado también en devolver las tierras, y existieron otras resoluciones de la misma naturaleza que no habían sido anuladas. Por lo tanto, se consideró una ley de una sola persona y fue abatida por ser nula.

El poder legislativo del Parlamento tiene dos limitaciones; debe ser de su competencia, y no debe violar los derechos fundamentales. Por lo tanto, en este caso, la Corte tenía dos opciones: o bien podría resolver el caso mediante la imposición de una limitación basada en la competencia, al considerar que el legislador no puede ejercer funciones judiciales y que se trataba de un ejercicio de la misma; o podría derribar la ley por una violación a los derechos fundamentales. Sin embargo, los jueces se negaron a considerar siquiera la cuestión de competencia legislativa. Por lo tanto, cualquier futura ley que ascendiera a una legislación que ejerciera una función jurisdiccional estaba permitida, siempre y cuando fuera uniforme. Esta decisión es interesante a la luz del hecho de que no existe ninguna mención del derecho a recurrir a los tribunales en nuestra Constitución. La Corte lo dedujo de la misma. Y más interesante es el hecho de que esta deducción o lectura se hizo cuando el caso podría haberse decidido sobre el simple fundamento de que la ley se encontraba más allá de la competencia del Parlamento, ya que fue un ejercicio de una función jurisdiccional.

Este caso es un panorama interesante sobre la actitud que tuvo de la Suprema Corte poco después de la entrada en vigor de la Constitución india. La actitud también se observó en los casos de Sankari Prasad y Singh Sajjan, en el contexto de las reformas constitucionales, donde la Corte sostuvo que el Parlamento puede enmendar los derechos fundamentales. Esta actitud de la Corte puede atribuirse a su renuencia a imponer limitaciones basadas en la competencia al poder del Parlamento durante sus primeros años. El enfrentamiento entre la Corte y el Parlamento se ha reflejado, fundamentalmente después de la llegada de Indira Gandhi, ante el cual el Tribunal parece tener una actitud de deferencia, y trató de mantener el modelo basado en la cortesía.

Por lo tanto, la Corte prefirió proyectar el tema de la competencia, como uno de los derechos de los ciudadanos frente al gobierno. Sin embargo, el reconocimiento de este derecho de acercarse a la corte es, en mi opinión, un reconocimiento implícito del diseño institucional, que se cristalizó en los casos subsecuentes. Aunque no existe ninguna mención de la naturaleza del poder judicial en el caso, la naturaleza del derecho reconocido por la Corte puede ser tácita para sugerir la noción de los jueces del poder judicial. Dado que la ley fue revocada porque priva a los peticionarios del derecho a que sus controversias sean adjudicadas por los tribunales, se entendió que la naturaleza del poder judicial es la adjudicación de las controversias.

Sin embargo, como se ve en casos posteriores, este ámbito del poder judicial ya no se limita a la adjudicación de las controversias, sino que en realidad incluye el proceso por el cual se ejerce el poder. Por lo tanto, teniendo en cuenta este cambio en la ley, el derecho ya no el que la controversia sea adjudicada por los tribunales, sino que es el derecho a que la controversia sea adjudicada por un proceso en particular. Hoy en día, a más de 57 años de que el Ram Prasad Sahi se haya decidido, la Suprema Corte ha sido cualquier cosa menos minimalista en su enfoque respecto a la soberanía

nía parlamentaria. Mientras que hace de boquilla a la separación de poderes, existen muchas y suficientes instancias del poder judicial que desempeñan funciones esencialmente legislativas.

Una mirada más allá de las fronteras nacionales es también instructiva para determinar la dirección que nuestro modelo de separación de poderes debe tener, sobre todo en lo que respecta al ámbito del poder judicial. En el volumen de 2010 de la Revista Internacional de Derecho Constitucional, Stephen Gardbaum plantea una tesis fascinante de cómo un nuevo modelo de Commonwealth de Constitucionalismo puede funcionar en la práctica. Este modelo atraviesa la dualidad hasta ahora ciegamente aceptada entre la soberanía parlamentaria por una parte, y la supremacía constitucional o judicial por otra. Dice Gardbaum:

Para mí, las características esenciales y la definición del nuevo modelo de la Commonwealth, como un modelo general, innovador y distintivo del constitucionalismo, son tres: (1) un proyecto legalizado o la carta de derechos; (2) alguna forma de poder judicial perfeccionada para hacer valer estos derechos mediante la evaluación de la legislación (así como otros actos de gobierno) para mantener la coherencia con aquellos que van más allá de las presunciones tradicionales y los modos ordinarios de interpretación de la ley; y (3) de forma más distintiva, a pesar de esta función judicial, un poder legislativo formal que tenga la última palabra sobre lo que es el derecho positivo por voto de mayoría ordinaria. En combinación, las dos primeras características distinguen al nuevo modelo de la concepción tradicional de la soberanía parlamentaria, y la tercera, de la supremacía judicial. El nuevo modelo es, pues, intermedio entre estas dos opciones anteriormente exhaustivamente polares. Al autorizar alguna forma de revisión de la constitucionalidad de la legislación a los tribunales en nombre de los derechos, pero dándole el poder legal de la última palabra a la legislatura, la gran novedad del modelo es separar el poder de revisión judicial de la supremacía o finalidad judicial.

Un examen de esta profunda cita revela que este modelo es muy similar, al menos en forma, a la estructura que tenemos en la India. De alguna manera, se asemeja a la “red sin fisuras” de la cual el gran historiador legal Granville Austin habló, cuando hizo referencia a la democracia india. En las primeras décadas después de la independencia, la tercera de las tres características mencionadas por el Sr. Gardbaum saltó a la luz, sólo para volver a ser colocada en su lugar por la Suprema en el célebre caso de *Kesavananda Bharati*. Sin embargo, esta decisión en 1973, y su seguimiento en *Indira Gandhi vs. Nagarain*, dio un gran poder y legitimidad al poder judicial, lo que llevó a nobles aventuras en otras áreas de gobierno donde las otras alas del Gobierno se estaban quedando cortas. Esto dio lugar a la aparición del litigio de interés público, de la jurisdicción epistolar y, por último, de la expansión desenfrenada del artículo 21 de la Constitución de la India. Tanto es así que cuando algunos comentarios negativos sobre el alcance de este poder judicial fueron hechos por un juez en el *Club de Golf Aravalli*, estos comentarios fueron repudiados

pronto por otros miembros de la Corte. No se puede negar que la intervención judicial es a menudo necesaria para hacer justicia en casos individuales. El problema es que la intervención judicial, puede tener el efecto de perturbar el equilibrio en la base del modelo que nuestra Constitución ha adoptado. Gardbaum describe este modelo a través de las siguientes palabras,

El argumento central para el nuevo modelo de Commonwealth en su conjunto, me parece, es uno de equilibrio. Proporciona un mejor equilibrio entre los dos “bienes constitucionales” o valores fundacionales de las modernas políticas liberales democráticas que los modelos tradicionales del constitucionalismo, promoviendo ambos más igualdad. Estos valores fundamentales son: (a) el reconocimiento y la protección efectiva de ciertos derechos fundamentales o humanos; y (b) una adecuada distribución del poder entre los tribunales y las secciones electas del gobierno, incluyendo los límites adecuados en ambos. En la medida en que la supremacía judicial da prioridad a la protección de los derechos, lo hace de una manera que otorga demasiado poder al poder judicial a expensas de la toma de decisiones democráticas. La soberanía parlamentaria prioriza las demandas de toma de decisiones democráticas de los poderes políticos a expensas de por lo menos una potencial inadecuada protección de los derechos - en los sistemas basados en Westminster, por lo general, las libertades del common law, complementadas por determinadas salvaguardias legales específicas. El nuevo modelo promete volver a calibrar estas dos opciones desiguales existentes, protegiendo los derechos de manera adecuada y efectiva a través de una redistribución del poder entre el poder judicial y los poderes políticos (dando más poder al poder judicial, si parte de la soberanía parlamentaria y reduciendo su poder si parte de la supremacía judicial). Esto impediría un exceso de poder por parte de ambos. Como tal, es en gran parte una discusión sobre una mayor sutileza y equilibrio en la ingeniería constitucional.

Por lo tanto, la protección de este delicado equilibrio requiere que el poder judicial, mientras busque satisfacer las necesidades del hombre común, no sobrepase sus límites y haga un daño permanente a la estructura de la gobernabilidad en el país. Esto es especialmente así cuando se reconoce la influencia personal que los jueces tienen sobre los casos presentados ante ellos. Como se ha señalado por Terence Etherton, Lord Justice of Appeal, Inglaterra y Gales, en el último tema de Derecho Público,

... los jueces en todos los casos difíciles pueden tener diferentes percepciones de la medida en que, y la manera en la cual, la ley debe reflejar adecuadamente la evolución de los valores, prácticas e instituciones de la comunidad. En este sentido, el enfoque de Dworkin es útil para resaltar el papel inevitablemente personal y político del juez. Como él mismo dijo: “el Derecho en su integridad

VENKATA RAO

consiste en un enfoque, en preguntas más que en respuestas, y otros abogados y jueces que lo acepten darán respuestas diferentes ... a las preguntas que el hace”. Su enfoque reconoce los casos difíciles, como aquellos en los que hay más de una interpretación posible de los casos pasados y de la mejor interpretación constructiva de la estructura política de las instituciones y de la doctrina moral y jurídica; y así, del conjunto coherente de principios que deben aplicarse en el caso. Dworkin expresa y reconoce con franqueza que en estos casos difíciles la decisión del juez reflejará “no sólo su opiniones sobre la justicia y la equidad, sino también sus convicciones de orden superior acerca de cómo estos ideales deben ser comprometidos cuando compiten.

Especialmente en el ámbito de la seguridad nacional, las reacciones de los jueces en los Estados Unidos y el Reino Unido han sido dignas de estudio intenso. Como se desprende de decisiones como *Al-Bihani o Boumediene vs. Bush*, existe una gran confusión judicial sobre en que medida los jueces pueden interferir en la ejecución de los planes nacionales de gobierno en el interés de la seguridad nacional. Incluso en el Reino Unido, como se ha señalado por Adam Tomkins en el volumen de 2010 del *Law Quarterly Review*, ha habido un conflicto dentro del Poder Judicial sobre la mejor manera de abordar las acciones de otras áreas de Gobierno. La cuestión general de la separación de poderes también se ha considerado en un maravilloso libro titulado “La separación de poderes y la injerencia legislativa en el proceso judicial: principios y limitaciones constitucionales”, de Peter Gerangelos, donde hace la distinción entre los diferentes tipos de conflictos judiciales - legislativos -, y las formas en que se han tratado de resolver.

Antes de concluir sobre este aspecto, sería más conveniente hablar de lo que el profesor Cheryl Saunders, Profesor Goodhart de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Cambridge, tiene que decir acerca de las implicaciones de la separación de poderes para el poder judicial en países de la Commonwealth. Él observa:

Una doctrina de separación de poderes proporciona ahora el marco principal en el que se resuelve la relación de los tribunales con las otras ramas del gobierno en este y muchos otros países de la Commonwealth. Los tribunales no fueron originalmente el foco principal de la doctrina; claramente, sin embargo, puede ser adaptado a tal efecto. Aún así, en su forma actual la doctrina es demasiado general para prestar la suficiente asistencia en la resolución de una serie de dificultades existentes y emergentes en la interfase entre los tribunales y los otros sectores gubernamentales. Un grado de tensión es inevitable, representando pesos y contrapesos en la práctica. También puede ser que lo que se percibe como una dificultad por una rama gubernamental puede ser vista bajo una luz diferente por otras. La elaboración, sin embargo, sería útil, en aras de la persuasión y la predicción. Como mínimo, la separación de poderes en relación con el poder judicial necesita ser explicada en términos de propósitos específi-

camente aplicables al poder judicial: la protección de la independencia judicial, la legitimidad de la fundamentación y el aseguramiento del imperio de la ley. Estos valores, a su vez, podrían ser mejor comprendidos y aceptados mediante la ubicación de la revisión judicial en el contexto de una visión constitucional más amplia; como parte integral de una tradición en la que las virtudes del gobierno limitado han logrado sobrevivir a una unión cada vez más estrecha entre las ramas legislativas y ejecutivas.

Así, de todo lo que hemos discutido se desprende que el camino a seguir no es que los poderes judicial, legislativo o ejecutivo del gobierno sean considerados en desacuerdo unos con otros. En su lugar, deberían entenderse por lo que son - trabajadores conjuntos en una aspiración común de garantizar la gobernabilidad de una democracia constitucional .

Dos observaciones se pueden dar como conclusiones. En primer lugar, una relación simbiótica dentro de los órganos de Gobierno, y entre el Gobierno y los ciudadanos, es de suma importancia para asegurar una democracia vibrante. La historia está llena de ejemplos de democracias fracasadas - si bien es el mayor experimento del mundo, y tal vez su mayor innovación, no es fácil. La segunda observación es que el sistema jurídico de la India, a pesar de sus defectos, lo ha hecho bastante bien en esta tarea. No existe ninguna razón para suponer que será diferente en la posteridad.