

# ¿Qué se entiende hoy por independencia judicial? Algunos elementos conceptuales

Germán Burgos Silva\*

## INTRODUCCIÓN

En la historia institucional de América Latina, y al margen de casos muy específicos, los poderes judiciales de la región se han caracterizado por niveles muy bajos de independencia (Scribner, 2000; Saez, 1998). En el marco de regímenes dictatoriales y, lo que es más preocupante aún, en el contexto de las democracias, el poder judicial ha estado sometido a diverso tipo de presiones y controles por los poderes ejecutivo y legislativo. El control de la aprobación y desembolso del presupuesto judicial, la variación del número de integrantes de las altas cortes, el uso impropio del juicio de responsabilidades respecto a los magistrados de las cortes supremas, la presión respecto a casos sensibles, han estado entre los mecanismos más usados para someter al judicial.<sup>1</sup>

Los miembros de la judicatura no han sido tampoco los mejores valedores y defensores de la independencia reconocida legalmente (Saez, 1998; Inecip, 2002). En

---

\* Candidato a doctor en derecho, Universidad de Barcelona; profesor Universidad Nacional de Colombia y Externado de Colombia; consultor externo en materia de reforma judicial para Dralc-PNUD-Instituto Internacional de Gobernabilidad de Cataluña, España; profesor visitante de las universidades de Barcelona, Oberta de Cataluña, Internacional de Andalucía (España) y Federal de Santa Catarina (Brasil).

<sup>1</sup> Sólo para mencionar algunos casos, el gobierno de Carlos Menem varió el número de integrantes de la Corte Suprema aumentándolo a fin de nombrar a magistrados leales que finalmente dieron vía libre a buena parte de las medidas económicas tomadas por su gobierno. El gobierno de Fujimori destituyó a una parte de los magistrados de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional como parte del autogolpe. El presidente Chávez destituyó de manera fulminante a 400 jueces (Transparencia, 2000).

determinados casos han sido el soporte de gobiernos no propiamente democráticos como ocurrió con la Corte Suprema de Justicia de Chile que dio la bienvenida y bendijo posteriormente el golpe de Estado encabezado por Augusto Pinochet.<sup>2</sup> En otras ocasiones, los atisbos de independencia han sido confundidos con un corporativismo que no admite responsabilidades, como en parte ocurre en Bolivia con los jueces que se resisten a un control disciplinario de desempeño y por el Consejo de la Judicatura (Burgos, 2003).

Luego de más de un siglo donde el judicial ha sido en parte un apéndice de los poderes ejecutivos, hoy afronta quizá una de las reformas más profundas a favor de una mayor institucionalización y profesionalización que debe impactar en sus niveles de independencia. De la mano de la cooperación internacional, y en el contexto de la nueva ola democrática y las políticas de desarrollo basadas en el mercado, el poder judicial ha adquirido un protagonismo, inicialmente teórico, del que no había disfrutado en toda la vida republicana de los países de la región (Thome, 2000; Banco Mundial, 1996).

En lo que hace a la independencia judicial, varios países han introducido cambios dirigidos a crear mejores condiciones institucionales para la independencia funcional y personal de los jueces. Encontramos así que algunas constituciones y las leyes han establecido periodos fijos para los magistrados de las altas cortes y para los jueces ordinarios, han prohibido los traslados sin justa causa y sin la anuencia del juez afectado, y han establecido un porcentaje mínimo del presupuesto público que debe ser dirigido al poder judicial. En términos prácticos, muchos países han mejorado las condiciones salariales de los jueces y se han dotado de regímenes disciplinarios fundados legalmente y aplicados por instancias diferentes al poder ejecutivo. La instauración y el desarrollo de la carrera judicial, que permite el ingreso y ascenso al margen de los partidos políticos, también ha caracterizado este proceso de transformación estructural de buena parte de los judiciales latinoamericanos (Popkin, 2001; Hamergren, 2001).

Como puede verse en la tabla 1, mediciones internacionales han tratado de establecer los progresos que han significado cambios como los anteriores, denotando en general un nivel de protección formal relativamente óptimo. El estudio de Feld y Voigt (2002), por medio de un complejo modelo matemático, permite establecer si un país cuenta con un marco institucional formal donde se recogen las condiciones adecuadas para la independencia judicial, especialmente de las altas cortes. Un valor cercano a 0 significa que estas condiciones son precarias, mientras un valor cercano a 1 denota que al menos formalmente el país cuenta con arreglos que garantizan la inde-

---

<sup>2</sup> Como bien recoge Fiss, "El presidente de la Corte, Enrique Urrutia Manzano, puso la banda presidencial al general y orgullosamente declaró 'dejo el poder judicial en sus manos'" (Fiss, 1993).

**TABLA 1****Índice de independencia judicial (de derecho)**

País	2002
ARGENTINA	0,665
BRASIL	0,907
CHILE	0,778
COLOMBIA	0,939
COSTA RICA	0,685
ECUADOR	0,835
GUATEMALA	0,499
MÉXICO	0,835
PARAGUAY	0,781
VENEZUELA	0,65

*Fuente:* Feld y Voigt (2002).

pendencia. Como puede verse, salvo Guatemala, el resto de países latinoamericanos estudiados cuenta con un estado medio alto, liderado por Colombia y Brasil.<sup>3</sup>

En este contexto de reformas, una de las instituciones que más desarrollo ha tenido en la región ha sido la jurisdicción constitucional. Muchos países han adoptado distintos modelos de tribunal constitucional o de sala constitucional dentro de los tribunales supremos bajo el objetivo de interpretar y garantizar la defensa de la Constitución. Bajo este cambio, y como se verá luego a nivel teórico, los poderes judiciales han asumido importantes competencias que en principio les permiten mayo-

<sup>3</sup> Este indicador es el producto de cruzar un conjunto de variables con información sobre la existencia en el marco constitucional y legal de los países considerados, de un conjunto de arreglos institucionales que formalmente favorecen la independencia judicial. Esta información se obtuvo por medio de una encuesta internacional con más de 75 expertos. Las variables consideradas fueron: a) la naturaleza y las competencias de la corte superior están en la Constitución y qué nivel de dificultad existe para cambiarlas; b) el procedimiento de designación; c) el periodo legal en el cargo de los altos magistrados y la existencia de la posibilidad de renovación; d) el establecimiento de quién determina los salarios para los magistrados y cuál es su monto; e) el nivel de accesibilidad de las cortes; f) la forma como se reparten los casos en cada corte; g) el nivel de autonomía; h) la existencia de competencias constitucionales para controlar a los otros poderes; i) la transparencia en la decisión de las cortes. Los autores de este índice han dado una valoración a los diversos comportamientos de las anteriores variables. Datos retomados de la Red y Sistema Latinoamericanos de Información y Conocimientos sobre Gobernabilidad Democrática (Lagniks, 2003).

**TABLA 2****Revisión constitucional**

País	2003
ARGENTINA	0,67
BRASIL	0,67
CHILE	0,58
COLOMBIA	0,67
ECUADOR	0,83
HONDURAS	0,58
MÉXICO	0,83
NICARAGUA	0,42
PANAMÁ	0,67
PERÚ	0,67

Fuente: La Porta et al. (2002).

res controles sobre los poderes legislativo y ejecutivo. De acuerdo con la medición de La Porta et al. (2002), los poderes de control de constitucionalidad son relativamente altos en el contexto latinoamericano (tabla 2).<sup>4</sup>

Este proceso de cambio iniciado hace poco menos de diez años, no ha estado ajeno a altibajos y obstáculos imprevistos. En varios países, el desarrollo legislativo de las instituciones creadas por la constitución tomó varios años, aplazando de hecho el inicio del cambio.<sup>5</sup> En otros casos la creación de instituciones como el Consejo de la Judicatura y el Tribunal Constitucional ha conllevado problemas de gobernabilidad judicial especialmente ligados a las resistencias de parte de los actores institucionales que en el pasado cumplían las funciones que hoy son propias de los nuevos organismos (Hammergren, 2002).<sup>6</sup> La delicada situación económica de la re-

<sup>4</sup> Este índice permite establecer la amplitud formal de los poderes de revisión constitucional de los tribunales competentes para los países considerados. Su rango de medición es entre 0 y 1, donde la magnitud mayor conlleva un nivel de poderes mayor. Véase Laporta, López de Silanes et al. (2002).

<sup>5</sup> El caso más paradigmático de esto sería el de Bolivia, que tardó casi cuatro años en promulgar las leyes del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Judicatura. En Colombia, la ley estatutaria de la justicia, salió cinco años después de aprobada la Constitución, y la elaboración de las listas de donde se seleccionarían los jueces tomó cuatro años luego de realizados los correspondientes concursos.

<sup>6</sup> Entre los casos más reconocidos estarían las tensiones entre el Consejo de la Judicatura y el Tribunal Constitucional de Bolivia conjuntamente con la Corte Suprema.

**TABLA 3****Índice de independencia judicial (de hecho)**

País	2002
ARGENTINA	0,333
BRASIL	0,494
CHILE	0,575
COLOMBIA	0,571
COSTA RICA	0,92
ECUADOR	0,4
GUATEMALA	0,55
MÉXICO	0,707
PARAGUAY	0,6
VENEZUELA	0,4

*Fuente:* Feld y Voigt (2002).

gión, y las políticas de ajuste adoptadas por los gobiernos, han impactado en los presupuestos de forma tal que el gasto en materia judicial no se ha podido cumplir y en determinados casos se ha reducido.

A pesar de los tropiezos, los cambios acaecidos en el poder judicial han tenido como resultado su fortalecimiento paulatino, el cual sin duda ha impactado positivamente en sus niveles de independencia. En particular, el control de los poderes del ejecutivo y una mejor garantía de los derechos humanos son expresión de un poder judicial que aun diferencialmente por país, se ha tornado más independiente. En Brasil, las cortes y los juzgados inferiores se han convertido en los principales obstáculos para la implantación de las políticas económicas gubernamentales que entran en contradicción con la Constitución de 1988. En Colombia, la Corte Constitucional ha sido un eficaz contrapeso respecto a un poder ejecutivo que históricamente ha gozado de amplias competencias y pocos controles. En Costa Rica, la sala constitucional de la Corte Suprema ha permitido avances muy claros a favor de una mejor protección de los derechos (Nagel, 2002).

Sin duda, falta mucho para que podamos hablar de poderes judiciales verdaderamente independientes en la región. Las estimaciones de Feld y Voigt establecen

---

En Honduras las diferencias entre la Corte Suprema y el Consejo Nacional de la Judicatura. En Colombia están las dificultades de aceptación que ha tenido la labor del Consejo Superior de la Judicatura, especialmente por el cuerpo de jueces y magistrados.

que a pesar de los avances en materia formal, los niveles de independencia de facto tienen un comportamiento muy diferente.<sup>7</sup> Como se observa en la tabla 3, sobre un óptimo valorado en 1, los países sufren un importante descenso en los guarismos si los comparamos con la medición del índice formal. El indicador de facto valora, entre otros, cuál es el estado real del respeto a los periodos legales de los magistrados de las altas cortes, los cambios en el número de integrantes de las mismas o en el fundamento de sus competencias legales, la existencia de un adecuado presupuesto, salario y dotación organizacional etc.<sup>8</sup>

Entre los obstáculos para una mayor independencia están las reacciones de los poderes legislativo y ejecutivo afectados por algunas medidas de control emitidas por el poder judicial. Las resistencias de la judicatura al gobierno de Chávez conllevaron no sólo la destitución de una parte del cuerpo de jueces, sino el cierre del Consejo de la Judicatura y el cambio en los integrantes de la Corte Suprema. En Colombia, el gobierno de Álvaro Uribe Vélez viene preparando una reforma a la Carta Política por la cual la Corte Constitucional pierde importantes poderes para controlar al ejecutivo en el caso de los decretos de declaratoria de los estados de excepción. En determinados casos, muchos de los cambios han encontrado el respaldo o al menos la pasividad de la sociedad civil, dada la imagen de politización y corrupción que señala a algunas judicaturas.

Ahora bien, tratar de avanzar en el análisis del estado de la independencia judicial en América Latina está sujeto a determinar de manera precisa qué se entiende hoy por independencia y cuáles son los factores de diverso orden que la facilitan o la impiden. Los estudios provenientes de la ciencia política y el análisis económico del derecho, nos permiten contar hoy con hipótesis que nos ayudan entender lo que hasta hace poco se valoraba académicamente como un principio ante todo normativo (Salzberger, 2003; Magalhaes y O'donnell, 2002).

---

<sup>7</sup> Al respecto también puede verse Stephenson (2001).

<sup>8</sup> Este indicador pretende establecer los niveles de desempeño del marco institucional que debe permitir una mayor independencia judicial. Los valores van entre 0 y 1, donde una magnitud más alta indica un mayor grado de independencia judicial. Este indicador es el producto de cruzar un conjunto de variables sobre cuyo comportamiento se ha realizado una encuesta internacional con más de 75 expertos. Las variables consideradas fueron: a) el efectivo respeto a los periodos legales de los magistrados de las altas cortes; b) los cambios en el número de integrantes de las cortes o en el fundamento de sus competencias legales; c) la existencia de un adecuado presupuesto, salario y dotación organizacional, y d) la existencia de una adecuada cooperación de los otros poderes respecto de las decisiones judiciales. Datos retomados de la Red y Sistema Latinoamericanos de Información y Conocimientos sobre Gobernabilidad Democrática. Una medición aún más crítica es la que se hace por el World Economic Forum (Lagniks, 2003).

## EL CONCEPTO DE INDEPENDENCIA JUDICIAL

La independencia judicial tiene una connotación fundamentalmente negativa, relativa a la ausencia de indebidas injerencias en la labor de administrar justicia por parte de los poderes ejecutivo y legislativo, las partes de un proceso, los actores sociales u otros organismos vinculados a la administración de justicia (Linares, 2003; Karlan, 1998).

La ausencia de vínculos indebidos como los anotados es inicial y fundamentalmente predicable del juez como persona. Sin embargo, también es referida al poder judicial en cuanto órgano. De esta forma la independencia se desglosa en dos dimensiones, una propiamente personal o subjetiva y otra que podríamos denominar independencia institucional.<sup>9</sup> Estos dos planos de la independencia se complementan mutuamente pero no siempre se corresponden en la práctica, pudiendo existir casos donde los jueces gozan de mayores niveles de independencia que la misma rama (Ferejohn, 1999).

La independencia así definida en términos normativos,<sup>10</sup> es ante todo un medio para un conjunto amplio de fines. Su objetivo inmediato es permitir el imperio de la ley y su aplicación de manera imparcial a los casos concretos. Sólo si las órdenes y decisiones producidas por un juez se realizan al margen de la intervención indebida del gobierno, las partes o los actores sociales, se puede garantizar que solo se aplicará la ley y que tal aplicación será en principio neutral. (ABA, 2001; Toharia, 1999: 13; Douglas, 1998: 3).

La defensa de la Constitución es el segundo objetivo normativo de la independencia judicial. Los jueces y las cortes deben contar con un nivel adecuado de independencia a fin de poder declarar inconstitucionales aquellas leyes o decretos que producidos por el ejecutivo o el legislativo riñan con la norma superior. Para cumplir este objetivo, se deben reconocer constitucionalmente de manera específica poderes de revisión judicial los cuales en esta medida, y como veremos más adelante, son una expresión de la independencia (Chávez, 2003).

---

<sup>9</sup> Algunos autores consideran la independencia como un asunto referido a los jueces y no al órgano (Toharia, 1999). Es importante anotar que muchos autores hablan indistintamente de independencia y autonomía judicial. En realidad, la autonomía es más predicable del poder judicial en el manejo, por ejemplo, de sus recursos o en el establecimiento de sus políticas. Sin embargo, es más difícil de establecer en el caso de los jueces pues ellos son dependientes de cierta forma de las leyes. Para un caso de asimilación entre independencia y autonomía. Véase Magalhaes et al. (2002). Para una perspectiva que no admite una autonomía de los jueces en los términos indicados véase Burbank (2002). Para una perspectiva que defiende que los jueces actúan siguiendo ante todo sus propios valores véase Peretti (2003).

<sup>10</sup> Al hacer referencia a la perspectiva nos referimos a aquella que pretende indicarnos lo que debe ser generalmente atado a un conjunto de fines. Por otro lado estarían los análisis positivos que buscan explicar por qué las cosas funcionan de determinada forma. A lo largo de este texto utilizaremos los mencionados términos bajo este significado, el cual es aportado por el análisis económico.

En el plano normativo, pero en un sentido más mediato, se ha afirmado que la independencia judicial permite una mejor garantía de los derechos humanos.<sup>11</sup> Se asume que un juez al margen de presiones indebidas de los poderes públicos o de determinados actores poderosos, aplicará la ley donde se garantiza el marco de derechos, aun en contra de los agentes gubernamentales o de actores estratégicos en una sociedad.<sup>12</sup> De hecho, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incluyen a la independencia judicial como una de las garantías básicas para el respeto de los derechos (Cap, 2002).<sup>13</sup>

En un plano analítico más positivo se ha sostenido que la independencia judicial contribuye al crecimiento económico de los países en vías de desarrollo. Un judicial independiente forma parte de los dispositivos institucionales a los cuales apelar a fin de garantizar el control de la discrecionalidad administrativa de las burocracias o del cambio repentino e injustificado de las leyes en las que se establecen los marcos legales o regulatorios de la política económica. En la práctica, tales posibilidades tienen lugar a través de una justicia contencioso-administrativa actuante y un bien establecido mecanismo de revisión judicial (Levy y Spiller, 1994; Brunetti y Weder, 1997; Feld y Voigt, 2002; Salzberger, 2003).

Ahora bien, un marco de control como el anterior apareja un *trade off* entre la claridad, especificidad, certeza y rigidez del sistema legal y regulatorio, y las circunstancias cambiantes del acontecer económico. Se precisa entonces un balance entre las certidumbres y rigideces de la estructura legal y la flexibilidad en su debida administración, la cual es necesaria para afrontar los desafíos de una realidad cambiante. Este balance, siguiendo los análisis aquí considerados, puede ser tarea de un poder judicial fuerte e independiente que podría encargarse de ampliar la flexibilidad de la política económica sin que se pongan en cuestión los derechos de los actores privados nacionales o internacionales (Castellar, 1996).<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> Existen algunos intentos de medición internacional de cómo la independencia judicial y los niveles de control de constitucionalidad permiten una mejor defensa de los derechos. Véase La Porta et al. (2002).

<sup>12</sup> Para el concepto de actor estratégico véase Copedge (1996).

<sup>13</sup> Ferejohn plantea que pueden surgir conflictos dados los diferentes objetivos que debe cubrir la independencia. Así, la aplicación de la ley imparcialmente puede entrar en conflicto con perspectivas sobre el contenido de la Constitución. La defensa de la Constitución y de las protecciones allí establecidas sobre los derechos, puede entrar en tensión con las leyes (1999: 14).

<sup>14</sup> Retomando a Castellar, "Strong and independent courts allow legislation, regulation and long-term contracting with the government to be left relatively open without compromising investment, because private investors know their rights will be protected. In this way, well-functioning judicial systems can enhance the flexibility of economic policy without concerning investors that excessive discretion will allow administrative expropriation" (1996).



Desde una perspectiva normativa o desde los aportes más recientes de una lectura positiva, lo que parece claro es que la independencia judicial es ante todo un medio ligado a fines superiores, es un instrumento del cual dependen objetivos sustantivos tanto del Estado de derecho como del crecimiento económico.

Este sentido instrumental de la independencia es el que nos permite diferenciarla del aislacionismo y el corporativismo con el que ésta se ha terminado confundiendo, especialmente en su dimensión práctica. Ni los jueces ni el poder judicial son independientes para aislarse de la realidad social, como un pretexto para la defensa de intereses corporativos al margen de cualquier responsabilidad y control.

En realidad, dado su carácter instrumental, la independencia judicial está sujeta a límites. En un contexto de división de poderes y pesos y contrapesos, el poder judicial soporta controles absolutamente legítimos y necesarios estando además sujeto a límites provenientes de los otros poderes (Magalhaes y O'Donnell, 2002). Los límites a la independencia están dados por las leyes producidas por el legislativo y que no sólo sujetan a los jueces sino que pueden transformar la forma misma como está estructurada y distribuida la judicatura. Evidentemente, las pretensiones legislativas tienen ante sí los límites que ofrece la Constitución, y que por lo general garantizan la independencia de diversas formas (Linares, 2003; Ferejohn, 1999). No obstante, de cierta forma, el poder judicial está sometido a intromisiones legítimas fundadas en la voluntad popular expresada en el legislativo y el ejecutivo aunque sea en el marco de los límites establecidos en la Constitución.

La responsabilidad constituye igualmente una dimensión complementaria de la independencia de los jueces. Existen, por tanto, controles que permiten verificar el cumplimiento de los objetivos perseguidos con la independencia y en general los propios de la administración de justicia. En cuanto el judicial es un poder, no es posible sostener, al menos teóricamente, que existen contradicciones serias entre independencia y la adopción, por ejemplo, de un régimen disciplinario o de mecanismos de evaluación del desempeño. Evidentemente, en la práctica surgen tensiones asociadas a los términos como aquéllas se desarrollan, pero en determinadas condiciones debe existir un equilibrio entre independencia y responsabilidad (Pérez, 2000).

La independencia judicial entendida en los anteriores términos y desglosada en los niveles personal, subjetivo e institucional es, sin embargo, producto de un variado conjunto de factores que según los diversos tipos de análisis impactan en mayor o menor medida en su existencia.

## **LOS FACTORES DETERMINANTES DE LA INDEPENDENCIA**

Lo que podríamos denominar como el estudio de las “causas” que hacen posible la independencia ha permitido establecer que hay diversos factores que pueden contribuir a su efectiva generación. Una parte de los análisis sostiene que un conjunto de

arreglos institucionales formales es condición fundamental para que exista la independencia de los jueces y de la judicatura en general. Una perspectiva alternativa sostiene que en realidad el grado de independencia depende de la dinámica como se organiza y funciona el sistema político y de partidos.

Desde el punto de vista formal, la independencia personal de los jueces precisa la garantía constitucional y legal de periodos fijos de ejercicio, salarios estables y dignos, una carrera judicial que establezca el sistema de ingreso y ascenso con límites claros sobre la posibilidad de trasladar o cerrar juzgados. La existencia de un régimen de incompatibilidades e inhabilidades, y un marco legal claro en materia disciplinaria y de evaluación que eviten al máximo el ejercicio discrecional y arbitrario del control por los superiores. En este ámbito, la garantía de la seguridad personal de los jueces constituye un requisito de partida para el goce del resto. Algunos de estos arreglos institucionales forman parte de los Principios Básicos para la Independencia Judicial, adoptados por la Asamblea de las Naciones Unidas en 1985.<sup>15</sup>

La independencia institucional, por su parte, se asocia al reconocimiento y respeto de un presupuesto judicial adecuado tanto por el legislativo como por el ejecutivo, el cual debe ser gestionado directamente por la rama o por una instancia no perteneciente al ejecutivo, como sería el caso de los actuales Consejos de la Judicatura (Shetreet, 1985). También tiene que ver con la posibilidad de tener competencias no intervenidas por el ejecutivo en materia de administración judicial, tales como las referidas a la organización de la rama, la creación, cierre y distribución de los juzgados, el establecimiento de las líneas básicas de la política judicial y la posibilidad de reglamentar y administrar diversos aspectos de la carrera judicial (Amuchástegi, 2002; Hammergren, 2002).

Como se mencionó, los poderes ligados al control de constitucionalidad permiten el cumplimiento de la defensa de la Constitución en cuanto objetivo central de la independencia. La posibilidad de cumplir con tal tarea está asociada también a los términos en que están diseñados institucionalmente los poderes de revisión judicial. Así, si las competencias de las instancias de control constitucional en materia de revisión son amplias y los efectos de sus decisiones son generales, mayor es el poder de defender la Constitución y controlar a los poderes legislativo y ejecutivo (Scribner, 2000). De igual forma, entre más amplio sea el acceso al uso del recurso directo y abstracto de inconstitucionalidad, más activo será el rol de los tribunales o salas constitucionales (Scribner, 2000).

La aproximación institucional formal antes expuesta ha permitido identificar aspectos fundamentales que sin duda impactan en la posibilidad de que exista una

---

<sup>15</sup> Con base en estos principios se orienta el trabajo del relator especial en materia de independencia judicial, quien tiene entre sus funciones preparar un informe para todos los países miembros de las Naciones Unidas. Ver Cumaraswamy, 2002.

verdadera independencia judicial. Varias constituciones en el mundo han reconocido buena parte de estas salvaguardas formales, resaltándose las relativas a los periodos fijos de los jueces, la prohibición del traslado inconsulto y de la variación de los salarios, así como el establecimiento de un porcentaje del presupuesto público como base para el gasto en justicia.

No obstante, la perspectiva institucional aparece como limitada si se contrasta con la dinámica real en que se desarrolla la independencia de los jueces y la judicatura. Así, si bien muchos países han adoptado recientemente muchas de las fórmulas arriba descritas, esto no necesariamente ha significado mejoras cualitativas importantes en materia de independencia. Por otra parte, la experiencia comparada ha mostrado que a pesar de que varios países no cuentan con arreglos institucionales como los indicados, en la práctica la independencia es más respetada y funciona de manera adecuada. El caso inglés, donde los jueces tienen un claro origen político o en Estados Unidos donde la Constitución sólo establece que no podrán variarse los salarios de los jueces durante su ejercicio, son dos muestras de lo anterior (Linares, 2003; Scribner, 2000).

Las limitaciones antes indicadas han llevado a indagar por factores no institucionales que permitan explicar por qué determinados poderes judiciales logran mejores niveles de independencia. A partir de diversos planteamientos de la ciencia política se ha tratado de indagar las razones según las cuales el ejecutivo y el legislativo reconocen y respetan efectivamente la existencia de un poder judicial independiente que puede limitar el ámbito de sus decisiones, las cuales de una u otra forma representan la voluntad de órganos elegidos popularmente (Ranseyer, 1998). En otros términos, lo que se plantea desde este tipo de estudios, es que los jueces tienen la autonomía que los políticos estén dispuestos a cederles. ¿Qué razones del juego político explican que el legislativo y el ejecutivo terminen por respetar un ámbito de independencia judicial?

Las líneas de respuesta a esta inquietud son variadas. En primer lugar, una lectura económica de la política intenta explicar la existencia de un poder judicial independiente desde el papel especial de los grupos de interés en la producción de políticas públicas y de leyes favorecedoras de sus intereses particulares (Bodreaux y Pritchard, 1994). Según esta explicación, los políticos venden legislaciones a grupos de interés que presionan y obtienen determinadas leyes favorables. Sin embargo, los políticos, considerados fundamentalmente como maximizadores de rentas, pueden romper sus compromisos variando en el futuro leyes aprobadas previamente. Una de las maneras de garantizar la estabilidad y credibilidad de los acuerdos representados en las leyes, es la existencia de un poder judicial independiente que garantice, en última instancia, el mantenimiento e interpretación ajustada de las leyes y con ello de los acuerdos allí representados (Landes y Posner, 1975).

La estabilidad de las leyes en el tiempo, por medio de un poder judicial independiente, es posible a través de su interpretación auténtica, la cual remite al

mantenimiento del sentido y los fines de la ley durante el proceso de su aplicación. En tal sentido, el uso del precedente y/o la jurisprudencia permiten mantener la interpretación original de la ley, la cual recoge en mejor medida los intereses allí expresados (Boudreaux y Pritchard, 1994). Complementariamente, tal estabilidad sobre la interpretación inicial puede lograrse por medio del uso específico de la capacidad de coacción del ejecutivo y/o el legislativo sobre el judicial a través de sus influencias en el presupuesto de la rama o los marcos legales sobre su estructura (9).

En segundo lugar, la existencia de un judicial independiente es posible en cuanto permite a los políticos monitorear la acción de la burocracia. En concreto, un sistema judicial suficientemente independiente permite a los ciudadanos demandar judicialmente por los fallos en la acción burocrática. Estas expresiones judiciales de los fallos de la burocracia son de especial importancia para los políticos en cuanto brindan información sobre el cumplimiento de los programas y políticas públicas por las que fueron elegidos, pero cuya ejecución descansa en las burocracias (Ramseyer, 1998).

Lecturas como las anteriores, sin embargo, dejan sin resolver inquietudes clave sobre la efectividad del judicial como garante de la credibilidad de las leyes o del monitoreo burocrático. Así, en cuanto se garantiza la independencia de los jueces, éstos pueden directa o indirectamente rehusarse a ejecutoriar la legislación que ellos no comparten, reduciendo con ello el valor de la búsqueda de leyes por los grupos de interés (Landes y Posner, 1975). En el mismo sentido, el uso del precedente y/o de la jurisprudencia no garantiza el mantenimiento de la interpretación original de las leyes en cuanto no siempre es posible hablar de un consenso entre los jueces y el legislativo sobre el sentido original de la ley (Boudreaux y Pritchard, 1994). En un escenario más extremo, los jueces no están exentos de las presiones directas de los grupos de interés, ello a pesar de los límites institucionales representados en la inmovilidad del cargo y los buenos salarios.<sup>16</sup>

Marcos analíticos alternativos al análisis económico han intentado otras vías de explicación sobre las razones que llevan a los poderes públicos a optar por un poder judicial independiente. Una lectura más politológica, sostiene que la creación de un judicial independiente formaría parte de las condiciones institucionales para hacer

---

<sup>16</sup> Según Boudreaux y Pritchard, a pesar de los beneficios que pueda brindar para los gobiernos la garantía de un poder judicial independiente, los análisis mencionados son poco afortunados a la hora de pensar las opciones del poder legislativo para promover la independencia judicial: "In sum, legislators might benefit from an independent judiciary but they lack mechanism for creating or maintaining judicial independence. Intertemporal free rider problems preclude legislatures from agreeing over time to provide the inducement necessary for judicial independence" (1994: 11). Una crítica importante a las limitaciones de las aproximaciones económicas a la independencia judicial puede verse en los mencionados autores.

oposición al gobierno de turno y limitar sus posibilidades de acción (Ramseyer, 1998). Un poder judicial independiente constituiría, entonces, un instrumento fundamental para controlar al partido en el poder y afectar sus capacidades de acción vía la judicialización de la política (Tate, 1995). Una capacidad como la anterior no sólo interesa a los actores en la oposición. En realidad, el gobierno de turno estaría interesado en construir y mantener un sistema judicial independiente en aquellos casos donde ve posible su futura salida del poder. En este contexto es posible crear un ambiente político que haga viable la opción por un poder judicial independiente (Ramseyer, 1998).

De manera complementaria a estos análisis, se ha sostenido que la independencia judicial es más factible en contextos de competitividad política en la medida en que la pluralidad de intereses crea incentivos para constituir un sistema de pesos y contrapesos que incluya a un poder judicial con capacidad de control. La independencia judicial sería el producto del balance de poder entre al menos dos partidos políticos con fuerza similar, y donde ninguno tiene un control monolítico. Desde esta lógica, el judicial puede servir como un árbitro entre los actores políticos y no como la herramienta de uno de ellos (Chávez, 2003). Siguiendo a Stephenson:

El control judicial independiente puede ser una salida para que las partes minimicen los riesgos asociados con la competición política incierta e imperante. El respeto a la independencia judicial puede implicar que la parte que actualmente controla el gobierno sacrifique algunos de sus objetivos políticos, pero también implica que, cuando esa parte abandone el poder, sus oponentes enfrenten limitaciones similares. Las partes que ignoren sentencias adversas al estar en el poder, se arriesgan a retaliaciones en especie una vez los vientos políticos hayan cambiado (Stephenson, 2001).

Por el contrario, cuando el poder político está controlado por un solo partido o movimiento muy compacto y unido durante un periodo prolongado de tiempo, se aumentan la capacidad y los incentivos del ejecutivo y el legislativo para introducir reformas que conlleven la subordinación de los jueces y las cortes y, especialmente, la neutralización de sus poderes de control. Si bien pueden existir límites constitucionales que eviten en el mediano plazo cambio abruptos, la Constitución misma puede ser variada y en cualquier caso se pueden dar prácticas informales al margen y en contravía del marco formal.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> El estudio de Chávez (2003) muestra históricamente cómo en Argentina, a pesar de existir salvaguardas de diverso orden para proteger la independencia judicial, éstas han sido reformadas o simplemente violadas, especialmente en momento de gobiernos monolíticos como los de Perón y Menem.

Siguiendo esta misma lógica, habría una situación muy particular en aquellos casos en que existe congruencia partidaria e ideológica entre las ramas. En estas condiciones, si las acciones del poder judicial no riñen con las preferencias generales en políticas públicas de los otros poderes, no parece útil, necesario ni conveniente intentar atacar y controlar una institución que apoya ampliamente las políticas propias (Peretti, 2002). Desde esta perspectiva, la fuerte unidad ideológica entre los poderes públicos sería la razón fundamental que llevaría al legislativo y al ejecutivo a respetar la independencia judicial (Peretti, 2002). Ahora bien, si no existe un consenso ideológico y, por el contrario, presenciamos importantes diferencias acompañadas de procesos de polarización y alta desigualdad, el conflicto y los choques entre las ramas es altamente probable (Peretti, 2002).

Una tendencia analítica que de cierta manera complementa y hace compleja la anterior tesis ubica las razones del respeto a la independencia judicial por los otros poderes, como el resultado de la acción estratégica de los jueces. Según ésta, los magistrados desean que sus decisiones tengan un verdadero impacto de políticas públicas. En esta medida deben actuar estratégicamente, acomodándose a las preferencias de aquellos que podrían impulsar el éxito de las políticas. Al acomodar sus decisiones a las líneas de acción de los actores poderosos, las cortes actúan estratégicamente para no incitar una respuesta política. En la práctica ésta sería una forma de autolimitación de la independencia, que permitiría evitar los incómodos riesgos que pueden afectar la estabilidad o el salario de los jueces en caso de producirse tensiones abiertas con otro poder.<sup>18</sup>

Finalmente, Roger Douglas propone que los costos políticos y de legitimación son los factores que impiden el desconocimiento de la independencia judicial. Al respecto, una intromisión indebida en el judicial puede conllevar que los partidos o elites pierdan confianza en el marco institucional afectando con ello su capacidad de obediencia y apego a las reglas de juego (Douglas, 1998). Aún más, en los casos en que el poder judicial goce de un alto nivel de confianza en comparación con el poder ejecutivo, un ejercicio de intromisión conllevaría la reacción negativa, entre otras, de la oposición política, del gremio de abogados y de la opinión pública (Staton, 2000). Correlativamente a los costos políticos negativos de una intromisión en el judicial, el mantenimiento de su independencia puede conllevar una mayor legitimidad a los gobiernos. Una razón fundamental para ello es que los sistemas de justicia aplican básicamente las leyes producidas por el ejecutivo y el legislativo y, al hacer esto, otorgan autoridad y reconocimiento a las decisiones de los gobiernos (Douglas, 1998).

Como puede verse, no es posible hablar de un consenso dominante a la hora de determinar las razones políticas que llevan al respeto de la independencia de los jueces y del judicial por el legislativo y el ejecutivo. No obstante, los anteriores plan-

---

<sup>18</sup>

Para una aplicación de este marco analítico al caso argentino véase Helmke (1998).

teamientos son especialmente relevantes al introducir el carácter político del proceso de construcción de un poder judicial independiente. Así, aunque la independencia judicial se entiende, normativamente, como el necesario “aislamiento” respecto de los actores centrales de la política, en realidad son condiciones políticas ligadas a la relación entre los poderes las que parecen explicar el reconocimiento efectivo de un judicial independiente. Por tanto, la realización de la independencia judicial no remite sólo a la bondad normativa del principio allí expresado, sino a los incentivos y las dinámicas políticas que enmarcan la relación entre los poderes. Una gran parte de la respuesta a la inquietud por la construcción de un poder judicial independiente radica en identificar los actores, los argumentos y los incentivos por los cuales la independencia judicial debe ser tomada seriamente por sus potenciales obstaculizadores. Ello permitirá establecer, entre otros, que es preciso un compromiso político inicial y estable que garantice la vigencia de un poder judicial independiente.<sup>19</sup>

Ahora bien, la aplicación de estos marcos analíticos para entender los obstáculos políticos a la independencia judicial en América Latina es limitada. Es necesario tener en cuenta que buena parte de estos discursos han sido producidos bajo el interés de entender la dinámica de la independencia judicial en Estados Unidos, lo cual automáticamente significa tener en cuenta las distancias propias entre una experiencia basada en el *common law* con un papel del poder judicial bastante activo, y otra construida bajo los patrones del derecho civil como la latinoamericana, donde los jueces se concibieron ante todo como la boca de la ley.<sup>20</sup>

Si bien muchas de estas teorías ofrecen importantes grados de coherencia, especialmente respecto de sus premisas básicas en buena parte ligadas a los principios de la *public choice* y las teorías en torno a los incentivos políticos, no resisten su contrastación amplia en el marco de la compleja realidad latinoamericana. A manera de ejemplo, la competitividad electoral en Bolivia es bastante amplia, existiendo al menos cuatro partidos en condiciones relativas de equilibrio, aunque volátiles y con estructuras internas todavía muy personalistas. No obstante este cuadro, antes que incentivar el respeto de la independencia judicial, ha llevado a la lucha por su control por medio del más puro clientelismo político, ello a pesar de que la reforma constitucional de 1994 permitió la introducción de varios dispositivos formales para garantizar la independencia (Burgos, 2003).

---

<sup>19</sup> Un factor que se ha identificado como influyente de manera negativa en una mayor independencia judicial, pero que no se corresponde con las anteriores tipologías, tiene que ver con la cultura formalista de los jueces. Ésta sería inconsistente con una lógica de defensa de los derechos y, por tanto, con la posibilidad de que las decisiones de los jueces generen verdaderos controles respecto del ejecutivo y el legislativo (Scribner, 2000).

<sup>20</sup> Asumimos que hoy por hoy no existe una separación tajante entre estos dos modelos sino intercambios permanentes (Mattei y Bussani, 2001).

En América Latina, los costos de legitimación nunca han sido un límite para los diversos intentos, en muchos casos exitosos, de subordinar e influir en el judicial. En realidad, en varias ocasiones las medidas más abruptas en contra de la independencia han contando con el apoyo o el silencio de la población. No debe perderse de vista que el poder judicial en la región goza de muy bajos niveles de confianza en el ámbito de las instancias públicas. Éstos y otros ejemplos muestran que tales análisis deben hacerse más complejos para entender el tipo de partidos políticos, de actores de interés, de oposición y de sociedad civil que caracteriza a la región. Su simple extrapolación corre el riesgo de simplificar o desnaturalizar la complejidad del objeto de estudio.

Otra de las limitaciones de estos marcos analíticos radica en su valoración del judicial como un actor fundamentalmente pasivo, cuya independencia depende casi totalmente de las opciones estratégicas de los otros poderes. Sin embargo, la construcción de la independencia judicial es un proceso que en buena parte depende también de las dinámicas internas por las cuales los jueces entienden y valoran su papel social, defienden su espacio de acción y justifican la ampliación en muchos casos de sus competencias, aun en situaciones cada vez más cercanas a la decisión política. La independencia judicial está asociada al análisis de las dinámicas internas que sobre el perfil del juez o el papel del derecho influyen en la forma como los jueces conciben su acción social y desde ello defienden su independencia.

Finalmente, el horizonte de este tipo de análisis aparece igualmente limitado en cuanto se concentra únicamente en el papel de los poderes públicos. Hoy parece claro que la independencia judicial se ve afectada por otros tipos de actores, entre los que estarían los poderes económicos, mediáticos y, en el caso de América Latina, los del narcotráfico y las fuerzas armadas y de policía.

Al margen de las limitaciones de las propuestas analíticas interesadas por entender los factores políticos que influyen en la existencia de la independencia judicial, el gran aporte de estudios ha sido el de hacer complejo el nivel de análisis, cuestionando en buena parte el alcance de las perspectivas normativas y la posibilidad misma de una teoría general de la independencia.

## **¿ES POSIBLE UNA TEORÍA GENERAL-NORMATIVA DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL?**

La consideración fundamentalmente normativa de la independencia, sea a la hora de su definición como del establecimiento de los términos para su existencia, debe integrar los estudios aportados por análisis más positivos que han indagado por los factores políticos que influyen en la existencia o no de algún nivel de independencia. La integración de estos dos niveles de análisis nos permitirá concluir que no es posible una teoría general de la independencia judicial que nos permita determinar las condiciones óptimas de orden formal, histórico, social o político que hagan posible la misma.



La independencia judicial es el resultado de un proceso complejo donde intervienen los factores formales, que si bien no producen automáticamente independencia, sí son condiciones necesarias que posibilitan su surgimiento. No obstante, la elección de un tipo determinado de arreglo institucional en el anterior sentido, y la eficacia del mismo, están enmarcadas históricamente y condicionadas políticamente.

Así, en determinados contextos históricos podría considerarse desaconsejable defender el carácter vitalicio de los jueces de las altas cortes por los peligros que podría significar para un verdadero control del poder político, dadas las tramas de relaciones que existen entre las elites de determinados países (Garth, 2000; Magalhaes y O'Donnell, 2002: 5). Por lo demás, es posible escoger entre diversos dispositivos para cumplir los fines ligados con la independencia (Burbank, 2002).

El condicionamiento político nos dice que la independencia judicial depende en buena parte de las decisiones tomadas por los actores del poder político, tanto para su reconocimiento efectivo como respecto de su grado. Si no se cuenta con la anuencia efectiva de los actores políticos, entre otros, la independencia judicial, a pesar de los marcos formales previstos para ella, puede ser no más que una quimera. Parece claro que los actores políticos del ejecutivo y el legislativo tienen una parte de la llave que hace posible la independencia, aunque en el caso de América Latina no tengamos aún del todo claras las razones que han impedido que aquéllos finalmente la respetan y la integren en el marco de sus incentivos. La ausencia de una debida consideración de la dimensión política de los fundamentos de la independencia judicial está detrás del parcial fracaso de las reformas formales que se han visto consumidas por las dinámicas reales impuestas por los actores políticos bajo un marco de reglas de juego informal que niega las condiciones para una verdadera independencia (Chávez, 2003).

Al hacer más complejo el análisis de las condiciones de posibilidad de la independencia es posible establecer, igualmente, que ésta varía según los tipos de cortes. Es por tanto posible que al interior de una misma judicatura, sus distintos niveles y, en determinados casos jueces o unidades judiciales, gocen de diversos niveles de independencia. Ellos sin duda están asociados a las diferencias regionales de los países, y a las mismas áreas del derecho que conllevan la existencia de diversos tipos de actores con dotaciones de poder diferenciales y con capacidades diversas para querer y poder influir de manera indebida en los jueces (Linares, 2003). Complementariamente, es también posible determinar que un juez puede tener distintos niveles de independencia según el tipo de actores que estén interesados en afectarlo de manera indebida. Es muy posible que se avance mucho en garantizar la independencia frente a los poderes públicos, lo cual no siempre significa que se logre lo mismo respecto de los poderes económicos o mediáticos. Estas dinámicas son, por lo demás, cambiantes y enmarcadas en las consideraciones antes anotadas.

En sentido igualmente positivo debe afirmarse que un elemento central para entender la realización de la independencia judicial pasa por la forma como los jueces

conciben su labor. Una judicatura que históricamente se haya estructurado como un apéndice del poder político encontrará dificultades para defenderse frente a las intromisiones indebidas, y carecerá de la seguridad para controlar al poder político. Por el contrario, una judicatura organizada y estructurada más allá de sus intereses corporativos, es la base de un poder judicial más fuerte e independiente. No obstante, las conclusiones a este respecto son preliminares al no contarse con trabajos empíricos comparativos respecto a las condiciones internas que facilitan la independencia de los jueces y de la judicatura.

Con base en los anteriores planteamientos, parece imposible postular seriamente una teoría normativa sobre las condiciones para la independencia judicial. En realidad, ésta depende de factores políticos y de reglas informales que en cierta forma encuadran la posibilidad de eficacia de los arreglos formales favorecedores de la independencia. Por otra parte, no es posible una teoría general que sea válida y aplicable de manera dominante, sea para explicar las dificultades de la independencia, sea para proponer la mejora de condiciones para su efectivo ejercicio. La independencia judicial varía según los niveles y ámbitos de la judicatura, y es relativa según el tipo de actores que pueden tener el interés y la capacidad de influir indebidamente en ella.

## LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN AMÉRICA LATINA

Como se mencionó, buena parte de los países latinoamericanos han transformado las reglas de juego que enmarcan la organización y el funcionamiento del poder judicial, lo cual ha incluido cambios relativos al fortalecimiento de las condiciones formales posibilitadoras de la independencia.

Las reformas en tal sentido afrontan diverso número de ámbitos pudiendo identificarse algunas tendencias que, si bien no se replican con exactitud en todos los países, sí son similares en varios de ellos:<sup>21</sup>

- Introducción de prescripciones constitucionales donde se establece la independencia como un principio del orden constitucional, se regula el periodo de nombramiento de los jueces y su no correspondencia con los periodos

---

<sup>21</sup> En realidad, no se cuenta aún con un estudio comparativo sobre todos los países de la región. El mejor estudio en este sentido, y que cubre a 12 países de la región es el de Popkin, el cual se incluye en el presente libro. A fin de ver el comportamiento de las variables que identificaremos en este acápite respecto a los países sobre los que existen estudios, véase Popkin (2001). Existen también algunos estudios de orden nacional que sirven de base para la presentación de este acápite (Sánchez, 2000; Inecip, 2002). Como parece lógico, esta sección de la introducción realizará una aproximación general basada en la identificación de tendencias cuyas variantes en cada país son múltiples o, respecto a ciertos temas, diferente. El estado de la información actual no nos permite precisiones de orden nacional más discriminadas.

electorales, las condiciones para su traslado y los términos para su enjuiciamiento, particularmente respecto a los magistrados de las altas cortes.

- Creación de tribunales constitucionales o de salas constitucionales al interior de las cortes supremas con poderes para interpretar y garantizar la primacía de la Constitución.
- Variación de los términos de elección de los magistrados de las altas cortes por medio de mayorías más cualificadas que conlleven consensos más amplios entre los partidos, y participación de diversas ramas o instancias públicas en el proceso de selección, nominación y elección. Respecto a los jueces ordinarios se han introducido distintos modelos de carrera judicial que buscan garantizar los criterios del mérito antes que los políticos para el ingreso y ascenso en la rama.
- Aumento general del presupuesto judicial y administración autónoma del mismo a través de la Corte Suprema o de los consejos de la magistratura. Este fortalecimiento en el gasto en justicia ha impactado en una mejora de los salarios de los jueces aunque existen diferencias importantes en el marco de la jerarquía judicial.
- Creación de diversos modelos de Consejo de la Magistratura que han asumido las funciones no sólo de administración de los recursos sino el establecimiento de los términos básicos de la política y organización de la judicatura.

Como parece evidente, el sentido dominante de las reformas es fundamentalmente de orden formal. Se asume que la variación en ciertos dispositivos institucionales influirá en unos mayores niveles de independencia. Por otra parte, esta última se ha entendido en términos institucionales de forma tal que los dispositivos formales favorables a la independencia personal de los jueces no se han desarrollado con la misma dinámica (Cole, 2002). Otro aspecto que parece una tendencia dominante tiene que ver con el hecho de que estos avances formales no son el producto de las reivindicaciones de los jueces y de sus organizaciones. En realidad, parecen encuadrarse más en el marco de los necesarios ajustes que han vivido varios países en su camino de transición a la democracia y no están ajenos a la influencia de la cooperación internacional que en determinados contextos ha influenciado de manera más que determinante la agenda de los cambios de la reforma judicial (Burgos, 2003).

El desempeño de las transformaciones institucionales ha sido muy diferencial. La variación de las mayorías para la elección y la participación plural de actores en el proceso ha dificultado sin duda la imposición de candidatos por pequeñas coaliciones políticas o de la misma judicatura. No obstante, la lógica de la afiliación o lealtad a los partidos políticos que están representados en el Congreso todavía influye en la elección final, aun por encima de los criterios de mérito. Esto es aún más claro

si se tiene en cuenta que los niveles de transparencia del proceso de nominación y elección son muy bajos (Cole, 2002; Chávez, 2003).<sup>22</sup>

En lo que hace a la carrera judicial, ésta se ha desarrollado recientemente, y en determinados países su diseño ha dejado puertas abiertas para mantener viejas prácticas que afectan la consideración debida del mérito. Si bien se han creado y fortalecido las escuelas judiciales, existen los reglamentos de la carrera y se han estructurado sistemas de evaluación asociados a los ascensos, en determinados países la elección final sigue en manos de los jueces superiores, los cuales no están obligados a ceñirse al orden de las listas producto de los subsistemas de carrera.<sup>23</sup> Por su parte, no existen sistemas claros de evaluación, los que hay tienen una connotación excesivamente cuantitativa y en ellos también participan los jueces superiores. Esto, y las dificultades de consolidar un sistema disciplinario eficaz, han dificultado la existencia de verdaderas condiciones para la independencia personal de los jueces y, en países como Argentina y Guatemala, han permitido la expulsión de jueces antes de cumplir sus periodos legales o constitucionales (Cole, 2002).<sup>24</sup>

Los esfuerzos presupuestales también están afectados por limitaciones. De un lado, los presupuestos preparados por los órganos de administración judicial no son necesariamente respetados por el ejecutivo y el legislativo a la hora de su aprobación. Una vez aprobados, la entrega de las partidas es parcial o sujeta a las dinámicas burocráticas de los ministerios de hacienda, lo cual afecta la capacidad de gestión judicial. Por su parte, la ejecución autónoma del gasto no ha estado sujeta a controles sobre su eficacia y productividad, y la transparencia todavía deja mucho que desear (McEldowney, 2001). Finalmente, la mejora de los salarios no ha impactado con la debida fuerza en una mayor independencia personal asociada a una verdadera neutralización de los actos de corrupción.

La creación de los consejos de la judicatura en sus distintas modalidades no ha tenido el impacto esperado. Buena parte de ellos han sido objeto del clientelismo político y judicial que les ha dificultado tener la fortaleza y capacidad técnica para desarrollar sus funciones y los ha sumido en un proceso de burocratización (Cole, 2002). La estructura, generalmente colegiada, ha dificultado la toma de decisiones y el esta-

---

<sup>22</sup> Siguiendo a Popkin, República Dominicana constituye una gran excepción.

<sup>23</sup> Este fue el caso de Colombia hasta hace algunos años, y es el de Bolivia actualmente. En Paraguay, la ley del Consejo de la Magistratura establece que las resoluciones en las que se propongan ternas deberán contener tan solo un resumen de los méritos acreditados por cada uno de los candidatos y una breve evaluación de sus aptitudes para ejercer el cargo, consideraciones éstas fundadas en valoraciones subjetivas antes que en criterios claros y neutrales de idoneidad (Burgos, 2002).

<sup>24</sup> Para un estudio serio y comparado de la carrera judicial en América Latina, véase Hammergren (2001).

blecimiento de políticas claras y técnicamente diseñadas, debido a que buena parte de los integrantes de las cúpulas del consejo son juristas sin formación en gestión y administración pública o judicial (Hammergren, 2002). Los consejos también han contado con las resistencias especialmente de las cortes supremas, generalmente celosas por la pérdida del poder de manejo de recursos económicos y de personal. Los jueces y funcionarios se han resistido a la actividad de los consejos especialmente por sus labores de control disciplinario y de desempeño que se antojan incómodas cuando tradicionalmente no existían, estaban sujetas a los juegos de lealtad a los superiores o a redes estructuradas según las procedencias regionales o la escuela de derecho donde se educaron los jueces.

Bajo los anteriores términos, y teniendo en cuenta que nos encontramos frente a procesos de cambio institucional aún muy recientes, es posible identificar algunos factores que han obstaculizado mayores avances en el desarrollo o desempeño de las condiciones formales para la independencia. En primer lugar estaría la precariedad de algunos cambios como las diferencias políticas de salarios que favorecen especialmente a los miembros de las altas cortes, o los diseños de ciertos consejos de la judicatura que tienen escasas funciones para ser aliados verdaderos de las reformas. A continuación estarían las resistencias de los actores judiciales provenientes del sistema anterior a los cambios que se constituyen en conspiradores permanentes en contra del desarrollo de los mismos. La difícil situación económica de algunos países, y la creciente dependencia de los fondos de la cooperación internacional, con las rigideces que ellos conllevan, han dificultado contar con los recursos adecuados que permitan un fortalecimiento del judicial por medio de su gestión más autónoma.

Ahora bien, uno de los obstáculos de más peso tiene que ver con la pervivencia de factores políticos que aún no reconocen el valor del respeto por la independencia judicial. En determinadas coyunturas, los partidos en su accionar a través del legislativo y el ejecutivo rompen con todas las reglas estructuradas para defender la independencia. En Argentina Carlos Menem, y en cierta forma el actual presidente Kirchner, han utilizado mecanismos legales e informales para constituir cortes que se ajusten a sus proyectos políticos. En Perú, en el marco de la lucha contra el terrorismo y como parte del autogolpe de Fujimori, se destituyó a 13 magistrados de la Corte Suprema, a todos los miembros del Tribunal Constitucional y de los Consejos Nacional y Distrital de la judicatura, y se comandó la reforma judicial a través de un Comité Ejecutivo ajustado a sus políticas y dirigido por un exalmirante (LCHR, 1998). En Venezuela, en el año 2000 el presidente Chávez destituyó a casi el 25% de los jueces del país (Transparencia, 2000). En Bolivia, en el mismo año tuvo lugar un agrio enfrentamiento entre el presidente de la Corte Suprema con miembros del Congreso, el cual amenazó con derivar en su enjuiciamiento político y eventual destitución. La razón fue la discusión de los alcances de las atribuciones disciplinarias y de sanción en el

poder judicial, contemplados en la propuesta de reforma de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura (CAJPE, 2002).

Los anteriores casos han ocurrido aun cuando los judiciales afectados no ejercieron particulares poderes de control respecto del ejecutivo y el legislativo. Estos casos, aunque menores, también existen. En Brasil, ante el activismo de las cortes inferiores en contra de las medidas económicas del gobierno se viene discutiendo una reforma judicial que limita severamente la posibilidad de que un juez ordinario pueda dejar sin base una medida ministerial. En Colombia se viene discutiendo un proyecto de reforma a la Constitución por el cual la Corte Constitucional, con la que los últimos gobiernos del país han expresado un cúmulo de diferencias por los fallos que limitan sus poderes, pierde atribuciones básicas para ser un verdadero contrapeso, especialmente del ejecutivo. Las medidas incluyen excluir el control constitucional automático de la declaratoria de los estado de excepción. Se establece igualmente una medida que limita la posibilidad de ejercer la acción de inconstitucionalidad respecto de leyes y reglamentos luego de pasado un periodo determinado de tiempo.

De manera pues que los actores del poder político continúan erigiéndose como uno de los obstáculos más poderosos para la independencia judicial. Sin duda esto es expresión del ensamblaje histórico de subordinación judicial que ha caracterizado a la región. Sin embargo, parecen existir dos elementos nuevos. En los casos en que el judicial pueda convertirse en un límite para la implantación de determinadas políticas económicas que pueden reñir con la Constitución, sus niveles de independencia entran en riesgo o son sujetos a fuertes presiones. Otro tanto ocurre en aquellos casos donde por razones de las políticas de seguridad se considera que las cortes pueden ser un actor incómodo en la medida en que su defensa de los derechos puede afectar la promulgación y aplicación de normas severas de control. En ambos casos puede darse un contexto de desprestigio social del judicial que facilita a los gobiernos legitimar cambios que afectan la independencia.<sup>25</sup>

Ahora bien, no es posible contar con un balance regional comparativo serio y profundo sobre cuál ha sido el impacto en materia de independencia de las reformas introducidas en los últimos diez años. Existen diversos estudios nacionales que han avanzado análisis más detallados tanto sobre las reformas realizadas, el contexto en que éstas ocurren y su alcance en materia de derechos humanos o de control a las políticas económicas de los gobiernos.

25

Éste no sería, por ejemplo, el caso de Colombia donde si bien el gobierno tiene un proyecto claro de limitación de la independencia, la sociedad colombiana confía cada vez más en la Corte Constitucional. No obstante, existen aún muy pocas voces organizadas de la sociedad que hayan salido en defensa de la actual configuración constitucional.

El presente libro constituye un esfuerzo por poner en conjunto una muestra más representativa del anterior tipo de estudios, en los que se abordan importantes cuestiones sobre los avances y el estado actual de la independencia judicial en América Latina. A partir de los rigurosos y documentados análisis aquí incluidos podremos mejorar el conocimiento sobre la trayectoria histórica de los poderes judiciales en la región, cuáles han sido los avances principalmente formales que se han tenido, y cuál ha sido su desempeño en lo que hace a un mayor respeto de los derechos humanos y el crecimiento y desempeño económico.

## **LOS ESTUDIOS SOBRE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN AMÉRICA LATINA**

En el contexto de las reformas judiciales adelantadas en buena parte de los países de la región, han crecido igualmente los estudios relativos a diversos aspectos de la independencia judicial. Algunos estudios provienen hoy de la ciencia política y, lo que es más novedoso, de la economía neoinstitucionalista. Los análisis de orden más filosófico o dogmático constitucional han sido menos dinámicos. Por lo demás, y como parece hoy dominante en varios de los temas atinentes a la reforma judicial, la mayoría de estos estudios y aquellos con mayor profundidad y capacidad comparativa están siendo producidos en los departamentos de ciencia política y economía de las universidades de Estados Unidos.

El presente libro está estructurado en cuatro grandes secciones. La primera de ellas se ocupa del concepto de independencia. Fundamentalmente trata de determinar, en primer lugar, el entendimiento más clásico y normativo de independencia, para luego plantear una mirada compleja por medio de los análisis que realizan una lectura de la misma desde una perspectiva científico-social, o que han tratado de establecer fórmulas de medición cuantitativa de los niveles de independencia. Se trata pues de ofrecer una visión integral de la discusión conceptual en la materia mostrando simultáneamente diversas aristas y variaciones en el estudio del concepto de independencia judicial.

Para ello esta sección incluye, en primer lugar, el texto clásico del profesor de la Universidad de Yale, Owen Fiss, titulado “El grado adecuado de independencia”. Allí se aborda el tema de los límites a la independencia judicial en particular respecto a los poderes públicos. Sostiene que ésta debe tener límites que estarían representados en el respeto a la regla de la mayoría o en la posibilidad de transformar en profundidad un poder judicial heredado de un régimen político no democrático sin que ello constituya una violación a la independencia de la judicatura. Para ello nos muestra el tipo de límites que tiene el poder judicial en Estados Unidos, el cual le permite, en sus palabras, desidealizar la perspectiva convencional que le asocia como uno de los más fuertes e independientes del mundo. Aún más, el artículo sostiene que los poderes formales, especialmente de autogobierno judicial en algunos países de América Lati-

na, son superiores a los existentes en Estados Unidos. Para sustentar el segundo límite, el autor realiza un análisis de la forma como procedieron los nuevos gobiernos democráticos respecto de la judicatura que se constituyó bajo los gobiernos dictatoriales de Chile y Argentina.

A continuación el profesor Josep Aguiló, de la Universidad de Oviedo, nos introduce en el muy actual tema de las relaciones entre independencia e imparcialidad judicial, y la argumentación jurídica. Como se ha mencionado, la independencia judicial debe permitir que los jueces apliquen el derecho y no la voluntad de los más poderosos. Ahora bien, el autor profundiza en esta idea y constata el agotamiento de la imagen formalista del derecho donde las leyes se suponían generales, impersonales, abstractas y claras. Por el contrario, el derecho se ha constitucionalizado y, por ende, se hace más abierto. En este contexto los ámbitos de discrecionalidad del juez son mayores de manera tal que el profesor Aguiló se pregunta: "Si el juez independiente e imparcial no puede ser ya simplemente el juez que aplica la ley y que lo hace por los motivos que la ley le suministra ¿cómo reconstruimos el principio?" (Ver capítulo 2). La respuesta es doble, las decisiones no simplemente deben ser legales sino deben cumplir con las exigencias de racionalidad asociadas a los aspectos justificativos de la tarea del juez, y en ello juega una labor fundamental la argumentación jurídica. La segunda respuesta tiene que ver con razones más de orden subjetivo relativas a las disposiciones o inclinaciones de carácter de los jueces y a las circunstancias sociales en las que desarrollan su labor. En el desarrollo éstas y otras ideas, el autor ofrece su perspectiva sobre temas como imparcialidad, neutralidad e independencia.

El tercer artículo de esta sección corresponde al texto "Una evaluación normativa del conocimiento científico social sobre la independencia judicial" del profesor Terri Peretti de la Universidad de Santa Clara (Estados Unidos). Este artículo se interesa por indagar por la dimensión fáctica de la independencia antes que por su consideración normativa. Bajo esta perspectiva sostiene que en la realidad la independencia judicial siempre es limitada, que está condicionada políticamente, que empíricamente no se ha demostrado que permita garantizar los objetivos a los que se le asocia, y que en las altas cortes la independencia de que gozan los jueces es usada para impulsar sus preferencias ideológicas. A fin de sostener sus tesis básicas, el autor presenta los que académica y normativamente se consideran como los objetivos centrales de la independencia judicial cuestionando que la misma sea un instrumento para conseguirlos. Plantea el autor que dichas relaciones no se fundan en estudios empíricos serios y que existen muchos casos donde la independencia no ha significado una mejor protección de los derechos humanos o un mayor crecimiento económico. Una de las razones para que la independencia sea incapaz de alcanzar los objetivos deseables tiene que ver con que los jueces independientes actúan ante todo según sus preferencias ideológicas y no siempre apegados a la ley. Ahora bien, existen límites a estos poderes del juez, los cuales Peretti relata procelosamente para el caso de Estados Unidos. Constata,



sin embargo, que estos límites no siempre se usan como sería de esperar, y a partir de ello introduce que por razones políticas o del horizonte de intereses de los poderes ejecutivo y legislativo, en determinadas condiciones aquéllos respetan la independencia de los jueces. Lo que demuestra este análisis es que los fundamentos de la independencia son ante todo políticos y no asociados a la existencia de un conjunto de formas que hipotéticamente la posibilitan.

La primera sección se cierra con el trabajo del profesor Sebastián Linares, de la Universidad de Salamanca (España), titulado "La independencia judicial: conceptualización y medición". El texto tiene por objetivo proponer un entendimiento nuevo y complejo de independencia judicial, que pueda ser además medible. Para ello, el artículo se estructura en dos partes. En la primera, dedicada a la conceptualización, se propone un marco referencial del concepto de independencia judicial distinguiendo entre dos dimensiones: una negativa y otra positiva. La negativa comprende el hecho de que un juez decida un caso concreto libre de injerencias impropias, intereses personales o preferencias preconcebidas, y la positiva el hecho de que el juez decida tomando únicamente como base sus propias convicciones sobre el significado de la ley y la verdad de los hechos.

Esta última dimensión implica, sin embargo, que debido al margen de libertad que siempre tiene la interpretación legal, el juez persigue determinados valores y, eventualmente, realiza determinados cálculos que emergen de los incentivos y las restricciones que ofrece el diseño institucional. Ambos elementos (la búsqueda de valores, los cálculos estratégicos) socavan la tesis de que el juez aplica exclusivamente la ley. La constatación empírica de estos dos elementos en las decisiones judiciales obliga a añadir dentro de la dimensión positiva la idea de que el juez tiene actitudes axiológicas, y que decide también sujeto a ellas. Desde un punto de vista normativo, esta dimensión valorativa no debe ser vista como indeseable en cabeza de un juez si cuenta con una cultura sólida, estable y consistente a través del tiempo. Lo indeseable, por el contrario, son las amenazas, sobornos, intereses personales y lealtades clientelares que pueden generarse en un sistema político.

En la segunda parte del texto se aborda de manera prolija y rigurosa, a través de indicadores, el tema de la medición de los niveles de independencia existentes en la realidad. Para ello, el autor reúne y organiza los modelos de medición los cuales critica de manera general y específica. En el primer sentido sostiene que los intentos de medición se basan en algunas proposiciones generales y en reglas de inferencia que no formulan explícitamente. Por el otro, las propuestas de medición no valoran adecuadamente la validez de los indicadores utilizados. Una de las conclusiones centrales de este acápite es que no es posible medir grados de independencia judicial como han tratado buena parte de los intentos de medición generados internacionalmente. El autor, ante la imposibilidad de encontrar metodologías de medición adecuadas, se decanta por defender el estudio en profundidad de casos paradigmáticos.

La segunda sección del libro se dedica a introducir un balance histórico e institucional sobre la independencia judicial en América Latina. Inicia con el texto de la profesora colombiana Luz Nagle, "La cenicienta del gobierno: reforma judicial en América Latina". En él sostiene que los poderes judiciales de América Latina han estado históricamente subordinados al poder ejecutivo, lo cual impide que tengan un rol como verdadero contrapeso y como garantes de los derechos humanos, y dificulta el alcance las actuales reformas judiciales que se viven en la región.

A pesar de que luego de la independencia "los países latinoamericanos adoptaron rigurosamente la doctrina que prescribe la separación de poderes, encaminada a proteger tanto a la rama ejecutiva como a la legislativa de una interferencia judicial indebida" (Ver capítulo 6) en realidad se entendió que los jueces estaban encargados de reforzar la autoridad de la elite dominante y no de interpretar las leyes adecuadamente. Esto fue posible en la medida en que el judicial estuvo ligado a redes de parentesco, a la influencia política y al prestigio familiar en cuanto reglas informales provenientes de la Colonia.

Como resultado de lo anterior, los jueces ostentaban poca autoridad para emitir órdenes o interpretaciones legales por el miedo a represalias por parte del ejecutivo, la rama legislativa, la Iglesia o las fuerzas armadas. En realidad, el sistema judicial se convirtió en un sirviente de las otras ramas, fue instrumentado como un peón dentro de los conflictos entre las elites políticas y económicas, y fue objeto de distinto tipo de favores políticos.

Esta tradición de subordinación se proyecta hasta hoy expresándose en el nombramiento político de los integrantes de las instancias judiciales.<sup>26</sup> Por esta vía se ha instrumentado al poder judicial especialmente por los partidos, a fin de "premiar a sus seguidores, asegurar los beneficios de ciertas decisiones distributivas y, de otro lado, reforzar la ventaja política de una u otra facción partidista". Antes que contar con un judicial donde estén representadas las distintas sensibilidades de sociedades heterogéneas, lo que se generó fue una judicatura leal a los partidos cuya función era aprobar la autoridad ejecutiva y encontrar justificaciones constitucionales para sus acciones, antes que exigir respeto por los ciudadanos o las otras ramas del poder.

Ahora bien, el mismo judicial ha contribuido a la construcción de un cuadro como éste por medio de sus propias tendencias de autopreservación. En la medida misma en que ha sido un beneficiario del statu quo no se ha constituido en un factor de cambio y, por el contrario, se ha configurado en un obstáculo. En este contexto no

---

<sup>26</sup>

Como se verá en el artículo de Popkin, éste es uno de los asuntos que se ha venido reformando en América Latina. Por diversas razones, el artículo de Nagle no alcanza a cubrir estos cambios. A pesar de ello su valor especial para esta compilación está en el análisis histórico que realiza sobre el papel del poder judicial en la región. (N. del E.)

es gratuito que el principal apoyo e iniciativa en materia de reforma judicial venga de la cooperación internacional.

Una de las conclusiones centrales de la autora es que si se quiere fortalecer al poder judicial y su nivel de independencia, no sólo es necesario reformar los sistemas judiciales de muchos países latinoamericanos sino transformar simultáneamente las otras ramas del poder, “las cuales continúan usando a los jueces como herramientas para materializar los intereses de la elite dominante” (Ver capítulo 6).

A fin de identificar los cambios que dentro de la reforma judicial han pretendido fortalecer las condiciones para la independencia y valorar su impacto, se incluye el texto de Margareth Popkin, “Independencia judicial en América Latina: una mirada comparativa”. Este artículo, producto de la realización de análisis para 12 países de la región, sostiene que a pesar de los siempre presentes intentos del poder ejecutivo de subordinar al judicial, muchos países de la región tienen un mayor grado de independencia externa –sobre todo del ejecutivo y del poder militar– de la que tuvieron nunca antes.

Lo anterior sería producto de un amplio tipo de reformas institucionales especialmente ligadas a la adopción de métodos más meritocráticos de selección judicial, aumento del presupuesto y de los salarios de los jueces, establecimiento de las leyes de carrera judicial, creación de los consejos de la judicatura y establecimiento de los estándares éticos que deben guiar la acción del juez.

El importante efecto combinado de estos cambios no debe perder de vista que muchos de ellos están en curso y, en determinados casos, empiezan a mostrar sus límites. El presupuesto judicial sigue siendo controlado por el ejecutivo, del cual depende en buena parte su aprobación final y su desembolso adecuado. La carrera judicial no acaba de implementarse adecuadamente y su regulación en determinados países ha permitido su desnaturalización.

Aparte de estas constataciones identificadas igualmente por otros estudios, el artículo plantea tres aportes novedosos en materia de obstáculos a la independencia. De un lado se sostiene que la falta de capacitación adecuada hace que los jueces dependan de sus superiores, mientras tratan de evitar que sus decisiones sean revocadas. La capacitación inadecuada produce inseguridad, conduciendo al temor a la censura pública y limitando la creatividad. De otro lado, el procedimiento escrito no favorece los niveles de independencia que se logran con el procedimiento oral; en cuanto éste obliga a resolver frente a la audiencia y al público, el juez debe justificar de un modo convincente las razones de derecho que permiten sostener el sentido del fallo. Finalmente, y como ocurre en Chile, la posibilidad de que las cortes de apelación revisen por iniciativa propia la decisión del tribunal inferior permite que las cortes superiores mantengan el control sobre los tribunales inferiores. “Los jueces de primera instancia ven socavada su independencia, porque el sistema recompensa a aquellos

que aplican el criterio que consideran va a aplicar la Corte de Apelaciones, sin importar si ellos creen que ésta es la interpretación correcta o no, para el caso particular" (Ver capítulo 5).

El tercer bloque del libro está dedicado al análisis de la relación entre independencia judicial y respeto y garantía de los derechos humanos. Para ello contamos con dos importantes artículos dedicados a analizar la experiencia conjunta de Chile y Argentina, y por otra parte del Perú. Para los primeros dos países contamos con el texto "Independencia judicial y políticas de derechos humanos en Argentina y Chile" de Elin Skar, del Michelsen Institute de Noruega. En él se sostiene que el nivel de independencia judicial permite explicar la variación de las políticas en materia de derechos humanos respecto de las violaciones ocurridas en etapas autoritarias.

De manera más que pertinente, el autor se pregunta por qué solo en algunos países, tales como Argentina y Chile, ha reaparecido la preocupación por las violaciones de los derechos humanos bajo los regímenes autoritarios a pesar de que éstas fueron iguales o peores en naciones como Guatemala o El Salvador. Las respuestas a esta pregunta, dentro de la ciencia política que estudia el proceso de las transiciones democráticas, han sido varias. Una línea analítica plantea que las políticas de derechos humanos posteriores al autoritarismo se explican como el producto de negociaciones entre las elites bajo la fuerte presión de las fuerzas armadas que establecían los límites hasta donde se podía llegar. Bajo esta misma vertiente, otros estudios reconocen que los equilibrios entre militares y civiles son cambiantes e impactan en las políticas de derechos humanos.

El autor, luego de pasar revista a las anteriores explicaciones, se distancia de ellas dado su excesivo énfasis en los poderes ejecutivos, para postular que la respuesta estaría en el renovado papel que está adquiriendo el poder judicial. Plantea así que, como resultado de las reformas judiciales iniciadas en los años noventa, éste ha resultado fortalecido y sus niveles de independencia han aumentado, lo cual ha conllevado que se convierta en protagonista central de la renovada preocupación por los derechos humanos, a través del inicio de investigaciones y la realización de juicios respecto de los hechos acaecidos bajo la etapa autoritaria.

En concreto, el autor argumenta que existen dos factores que han llevado a los jueces a un mayor activismo en materia de derechos humanos. Uno sería los cambios constitucionales que han afectado la composición y el trabajo de las cortes, y el otro correspondería al sentimiento de que las amenazas provenientes de las fuerzas armadas se han relajado. Esto ha permitido a los jueces reinterpretar las leyes de amnistía que protegían a los militares y aceptar el conocimiento de casos que hasta hace poco no admitían. Una precondition para que esto tenga lugar tiene que ver con la existencia de un nivel de demanda social en materia de derechos. El análisis de los casos de Argentina y Chile permiten al autor validar sus anteriores hipótesis.

El profesor César Landa, de la Universidad Católica del Perú, nos ofrece su análisis del caso peruano en su artículo "Balance de la reforma judicial en Perú a la luz de los derechos fundamentales". En él se desarrolla de manera pormenorizada el proceso por el cual el gobierno de Alberto Fujimori construyó una judicatura ajustada a lo que constituyó un sistema de corrupción política y económica, y que en la etapa final del régimen fue un apoyo central para el proceso de reelección del presidente en el año 2000.

En un contexto de alto desprestigio del poder judicial peruano, el cual había estado subordinado históricamente a los intereses políticos y económicos de turno, el autogolpe de Fujimori incluyó la destitución de una buena parte de los altos dignatarios de las cortes superiores del Perú así como una reorganización a fondo del sistema de justicia.

Con el apoyo del Banco Mundial, el gobierno peruano iniciaría y lideraría un ambicioso programa de reformas judiciales bajo el propósito de modernizar la justicia a fin de hacerla más eficiente.<sup>27</sup> El mismo resultaría en un fracaso, alimentado por la no participación de los actores del derecho, por la ausencia de reformas favorecedoras de la independencia y por la suspensión del préstamo del Banco Mundial que ya se había suscrito con el gobierno de Fujimori. Sirvió sí para aceitar los vínculos de subordinación del judicial al ejecutivo.

El análisis de la experiencia reciente permite al autor identificar dos factores que han impedido una verdadera independencia judicial en el Perú. De un lado estaría el formalismo jurídico que "no sólo encubrió una forma de ejercer el derecho en función de los intereses y las consignas del gobierno y de los poderes privados de turno, sino también dejó sin defensa a los derechos fundamentales, y no consideró el consenso social en el cual debe reposar la aplicación de toda norma" (Ver capítulo 8). Del otro lado estaría las decisiones políticas por las cuales los jueces fallaban según los designios del ejecutivo.

La última sección del libro se aboca a analizar dos casos donde se expresan las tensiones entre un judicial que actúa independientemente, y el poder ejecutivo, respecto a los temas del control a la política económica. Como se mencionó, el hecho de que una parte de los países latinoamericanos cuente con constituciones que económicamente aún modelan un Estado interventor responsable de un catálogo amplio de derechos económicos y sociales, ofrece espacios de tensión respecto a la implantación de políticas económicas que no siempre responden claramente a esos principios. Esta situación ha llevado a que jueces de distintos niveles, en su labor de defensa de la Constitución, hayan declarado contrarias a la misma varias medidas tomadas por los gobiernos, generando airadas reacciones del ejecutivo y el legislativo. Dada la centra-

---

<sup>27</sup> Para un análisis de este proceso y en particular del papel del Banco Mundial, véase LCHR (1998).

lidad que la economía tiene para los países de la región, la situación crítica por la que está pasando, además de los escasos resultados de las decisiones económicas tomadas y su negociación con los organismos financieros internacionales, el impacto económico de las decisiones judiciales se presagia como el futuro foco de tensión que puede influir en la dinámica de la independencia en la región.

Para darnos elementos de juicio sobre el tema, este acápite se inicia con el trabajo del profesor de la Universidad Nacional de Colombia, Rodrigo Uprimny, titulado, "Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía". A propósito de la discusión que han levantado algunas decisiones de la Corte Constitucional colombiana, por las cuales declaró inconstitucionales distintas medidas del gobierno, el artículo pretende ser un aporte "para un diálogo enriquecedor entre las perspectivas de economistas y juristas sobre el papel que debe jugar el derecho en general, y la justicia constitucional en particular, en la definición y ejecución de la política económica en una democracia" (Ver capítulo 9).

El autor comienza por distinguir las diferentes inquietudes que pueden surgir alrededor del control constitucional que afecta a decisiones económicas del gobierno. La primera de ellas sería: ¿es posible y legítimo que exista un control constitucional de la economía? Una segunda se plantearía: ¿cuáles son los diseños procesales más adecuados para el desarrollo de la justicia constitucional en este campo? Finalmente parece necesario establecer si existe alguna forma especial de interpretar y aplicar la Constitución en materia económica o son válidas las herramientas argumentativas ordinarias, y hasta que punto son tan acertadas o equivocadas las decisiones que se han tomado hasta ahora.

Planteada la amplitud de interrogantes, el artículo aquí incluido solo aborda la primera pregunta, de la cual en el fondo depende la respuesta a las demás. Al respecto se responde que la garantía de los derechos sociales establecidos en la Constitución, refiere a derechos de la persona cuya realización es esencial para la continuidad e imparcialidad del proceso democrático, por lo cual se debe admitir algún control judicial sobre las decisiones económicas. "Preservar el control constitucional sobre las decisiones económicas es entonces defender la eficacia jurídica de los derechos sociales, lo cual es importante para la consolidación democrática en un país como Colombia, con desigualdades profundas y niveles intolerables de pobreza" (Ver capítulo 9). Para llegar a esta conclusión el autor ha identificado y rebatido una a una las principales críticas de distinto orden que niegan la legitimidad y posibilidad del control constitucional a la economía.

Ahora bien, este tipo de control constitucional es complejo dadas las particularidades de los derechos económicos y sociales respecto a su protección jurídica, la cual en la práctica es mayor porque los recursos son escasos y las necesidades crecientes. En tal sentido el autor plantea como cierre que la Corte Constitucional no puede terminar por monopolizar en exceso la defensa de los derechos sociales, al margen

de las dinámicas y luchas sociales pues “la realización de las promesas sociales de muchas constituciones es un asunto demasiado serio para dejárselo únicamente a los jueces constitucionales” (Ver capítulo 9).

Desde una lectura más sociopolítica, la profesora de la Universidad de Wisconsin, Megan Ballard, en su artículo “El choque entre los jueces locales y la economía global: la política de reforma judicial en Brasil”, pretende analizar los proyectos de reforma judicial proyectados en el gobierno de Cardoso, como el resultado de la relación entre los actores locales y la economía global que en conjunto pueden terminar por afectar la independencia actual de los jueces inferiores en Brasil.

Inicia por plantear que el rol actual del poder judicial brasileiro, y especialmente de sus niveles intermedios e inferiores, es el producto de tres factores: 1) el catálogo de derechos económicos y sociales reconocidos en la Constitución de 1988; 2) el aumento de los sujetos legitimados para iniciar una acción legal en defensa de los derechos, y 3) el surgimiento de una suerte de activismo judicial que otorga a los jueces la tarea de proteger a las clases sociales vulnerables. La interacción de estos tres factores ha dado como resultado un creciente uso de las cortes por parte de demandantes que se oponen a los cambios en la política económica del gobierno, el cual ha conllevado la suspensión o paralización de diverso tipo de medidas económicas, incluida la privatización de importantes empresas públicas.

En este contexto, el gobierno ha preparado un proyecto de reforma judicial. Éste está representado en una serie de medidas que incluyen la obligatoriedad de las decisiones del Supremo Tribunal Federal para todos los jueces del país, el reconocimiento de las decisiones de los tribunales de arbitramento sin que sea necesaria su aprobación por alguna corte, y la creación de un Consejo Nacional de Justicia, dirigido a establecer mecanismos de control externo a los jueces. Las reformas se han justificado en la necesidad de enfrentar los altos índices de congestión e ineficiencia que arrastra el funcionamiento judicial.

Para la autora, estas medidas en realidad pretenden limitar el protagonismo que han adquirido los jueces respecto a la política económica de los países, y con ello facilitar el proceso de vinculación de Brasil a la economía global. En un sentido más analítico, el artículo postula que la “lucha política brasileira en torno a la reforma judicial ilustra igualmente cómo un Estado semi-periférico equilibra los procesos de globalización con sus dinámicas y políticas locales”, que deben permitir analizar cómo los “actores locales promueven cambios en condiciones locales, movidos en parte por el afán de satisfacer un mandato global” (Ver capítulo 10).

La profesora de la Pontificia Universidad Católica de Paraná, Claudia Barbosa, en su artículo “Algunos aspectos de la independencia del poder judicial en Brasil”, ofrece una mirada diferente al modelo de reformas judiciales proyectadas en Brasil, el cual se valora más desde sus efectos en la independencia. De acuerdo con ella, la posibilidad de hacer

obligatorias las decisiones del Tribunal Supremo (TS), en un contexto donde el poder judicial está estructurado de manera vertical, el modelo de ascenso en la carrera judicial depende de la evaluación de los superiores y el mencionado tribunal acumula las funciones de corte constitucional (órgano político) y corte de casación (órgano jurisdiccional), amenaza la independencia del poder judicial en al menos dos sentidos:

(...) en el ámbito de la independencia interna, porque los jueces de instancias inferiores estarán obligados a seguir la tesis vinculada por el TS, probablemente el órgano menos independiente de los tres poderes estatales. Y en lo relativo a la independencia institucional del poder judicial en relación con los demás poderes, pues habrá una tesis jurídica formulada por el órgano máximo del poder judicial formado por personas de confianza del presidente de la república y del Senado, la cual será impuesta a todos los miembros del poder judicial sin que se pueda cuestionarla, si se tiene en cuenta que la decisión contraria a la providencia vinculante podrá ser anulada por el propio poder judicial (Ver capítulo 11).

Para la autora, el modelo de Consejo de la Magistratura que se viene discutiendo, tampoco contribuye a la independencia en cuanto el excesivo papel del legislativo y el ejecutivo en el seno del mismo presagian niveles de intervención que pueden entrar en conflicto con las visiones internas procedentes de la judicatura. Este texto permite abrir la discusión sobre los límites a la independencia judicial en un país donde la judicatura goza aún de un importante poder de control, no ajeno a una dinámica corporativista.

Por razones obvias, el libro sólo puede incluir un número limitado de artículos a pesar de la disponibilidad intensa y calificada de contribuciones analíticas a nivel internacional. Los textos que integran esta compilación se han seleccionado siguiendo diversos criterios. Para la primera parte se tuvieron en cuenta ante todo los criterios de oportunidad y pertinencia de los artículos respecto al planteamiento de avances en la conceptualización de la independencia judicial y en la consideración de sus dimensiones política y cuantitativa. La parte dos vincula artículos de tipo comparativo y hemos incluido aquellos que refieren al mayor número de países. La tercera y cuarta sección integran aquellos artículos más actuales y que brindan una perspectiva analítica e histórica sobre el impacto de la independencia judicial. Hay muchos artículos que hubiéramos querido incluir en esta compilación, pero las razones de espacio no lo hacen posible. También hubiéramos deseado incluir referencias para un mayor número de países, pero en este caso no encontramos muchos artículos disponibles.

Una parte de los textos es inédita. El resto son traducciones de artículos que han sido publicados en *law journals* prestigiosos en el ámbito de la academia legal de Estados Unidos, y cuya calidad y carácter comparativo ameritaban su traducción y difusión en castellano. Como parece lógico, la escogencia última siempre tiene un grado de discrecionalidad, cuyas consecuencias son responsabilidad del editor.



Este libro no hubiera sido posible sin el apoyo de muchas personas que participaron a lo largo de este proceso. En primer lugar está Camilo Castellanos, director del Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), quien asumió este proyecto como propio y permitió las condiciones materiales para su realización, pero sobre todo me brindó toda la confianza para llevar adelante este esfuerzo con plena libertad. Agradecimientos especiales a los autores que autorizaron la reproducción de sus artículos así como a las editoras que eran titulares de los derechos. En particular debo mencionar a los editores del *Ohio State Law Journal* y del *Berkeley Journal of International Law*, y a los responsables de la revista *Política y gobierno* del CIDE de México y de la revista *Derecho y humanidades* de la Universidad de Chile. Una parte, quizás la más ingrata de la labor de edición, no hubiera sido posible sin el invaluable apoyo de mi adorada esposa, Alexandra Ospina, quien con mística y paciencia revisó citas bibliográficas, reorganizó las bibliografías y me apoyó en la revisión parcial de algunas traducciones. También debo agradecer a Marta Rojas, editora jefe de ILSA, quien ha coordinado los miles de detalles que el montaje de un libro como éste conlleva. Finalmente, dedico este esfuerzo a mis padres, Ernesto Burgos y Aura Stella Silva, quienes con su ejemplo y trabajo han hecho posible que muchos sueños hayan tenido lugar.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMERICAN BAR ASSOCIATION (2001), "Concept Paper on Judicial Independence" ABA-CELLI 1999. Disponible en:  
[www.abanet.org/ceeli/conceptpapers/JudicialIndepd/JudicialIndependence.html](http://www.abanet.org/ceeli/conceptpapers/JudicialIndepd/JudicialIndependence.html)
- AMUCHÁSTEGI, Jesús (2002), "Interferencia del poder ejecutivo en el poder judicial", documento presentado en el seminario internacional: Reforma Judicial y estrategias anticorrupción, Casa de las Américas, Madrid, agosto de 2002.
- BANCO MUNDIAL (1996), "The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean. Elements of Reform", World Bank Technical Paper 319, Washington.
- BOUDREAUX, D. y A. PRITCHARD (1994), "Reassessing the role of the independent judiciary in enforcing interest-group bargains", en *Constitutional Political Economy*, 5.
- BRUNETTI, A, K. Gregory y Weder (1997), "Institutional Obstacles to Doing Business: Region-by-Region Results from a Worldwide Survey of the Private Sector", Policy Research Working Paper No. 1759, Washington, DC, World Bank.
- BURGOS, Germán (2003), "Hacia el Estado de derecho en Bolivia", en *Desarrollo posible: instituciones necesarias*, La Paz; PNUD-Bolivia (en prensa).
- (2002), "Marco constitucional y legal, y desempeño institucional del Estado de derecho para el desarrollo", en *Diagnóstico Institucional de la República de Paraguay*, Asunción, PNUD-IIG.
- BURBANK, Stephen B. (2002), "What Do We Mean by 'Judicial Independence'?", en S. Burbank y B. Friedman (eds.), *Judicial Independence at the Crossroads: and interdisciplinary approach*, Londres, Sage.

- CAJPE (2002), Bolivia. Reforma y modernización judicial. Disponible en:  
<http://www.cajpe.org.pe/RIJ/BASES/REFORMA/bol6.htm>
- CAP, Keith (2002), "Judicial Independence and human rights protection around the world", en revista *Judicature*, 85, (4). Disponible en:  
[http://www.ajs.org/cji/pdfs/Keith\\_854.pdf](http://www.ajs.org/cji/pdfs/Keith_854.pdf)
- CASTELLAR, A. (1996), "Judicial System Performance and Economic Development". Disponible en: <http://www.iris.umd.edu/NEWS/conferences/tinker/tincaste.html>
- CHÁVEZ, Rebeca (2003), "Informal Institutions and Judicial Politics: How informal rules influence judicial autonomy in Latin America?", documento preparado para su presentación en la conferencia Informal Institutions in Latin America, Kellogg Institute, University of Notre Dame, abril 24-25.
- COPPEDGE, Michael (1996), "El concepto de la gobernabilidad: modelos positivos y negativos", en *Ecuador: un problema de gobernabilidad*, Quito, ELDIS.
- COLE, Laury (2002), "Acces to Justice and the Independence of the Judiciary", *The Summit of Americas Follow Up Series*, issue No. 1.
- CUMARASWAMY, DatoParam (2002), Report of the Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers, Report on the mission to Mexico. Disponible en: <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/c0120deaf3b91dd2c1256b76003fe19d?Opendocument>
- DOUGLAS, R. (1998), "Why Governments Opt for Independent Judiciaries", en *Law in Context*, 15 (1): 1-28.
- FELD, Lars P. y Stefan VOIGT (2002), Economic Growth and Judicial Independence: Cross Country Evidence Using a New Set of Indicators. Disponible en:  
<http://www.wirtschaft.uni-kassel.de/Voigt/PDF/GroningenRevstvt.pdf>
- FEREJOHN, John (1999), "Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence", en *Southern California Law Review*, 72:353-84.
- FISS, O. (1993), "The Right Degree of Independence", en I. P. Stotzky (ed.), *Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary*, Boulder, Westview Press.
- GARTH, Bryan (2000), What Makes a Successful Legal and Judicial System: Rethinking the proceses and the criteria for success. Disponible en:  
[http://www4.worldbank.org/legal/legop\\_judicial/ljr\\_conf\\_papers/Garth.pdf](http://www4.worldbank.org/legal/legop_judicial/ljr_conf_papers/Garth.pdf)
- HAMMERGREN, Linn (2002), "Do Judicial Councils Further Judicial Reform?, *Lessons from Latin America*", *Rule of Law Series*, No. 28, June, Washington, Carnegie Endowment Working Papers.
- (2001), The Judicial Career in Latin America: An overview of Theory and Experience. Disponible en: <http://www1.worldbank.org/publicsector/legal/Jcareer.doc.doc>.
- HELMKE, Gretchen (1998), "Toward a Formal Theory of an Informal Institution: Insecure Tenure and Judicial Independence in Argentina, 1976-1995", documento presentado en la Conferencia de Estudios Científicos sobre Política de Justicia, Michigan State University.

- INECIP (2002), Informe sobre el monitoreo a la afectación de la independencia judicial en la República de Honduras. Disponible en:  
[www.inecip.org/cdoc/honduras2002.pdf](http://www.inecip.org/cdoc/honduras2002.pdf)
- IIG (2003), Lagniks. Red y Sistema Latinoamericanos de Información y Conocimiento sobre Gobernabilidad Democrática. Disponible en: [www.lagniks.net](http://www.lagniks.net)
- KARLAN, Pamela (1998), "Two Concepts of Judicial Independence". Disponible en:  
<http://www.usc.edu/dept/law/symposia/judicial/pdf/karlan.pdf>
- LCHR (1998), Building on quicksand: the collapse of the World Bank's Judicial Reform Project in Perú 2001. Lawyers Committee for Human Rights, 1999 [consulta: 07-05-01]. Disponible en:  
<http://www.uoregon.edu/~caguirre/lawandsociety.htm>.
- LANDES, W. y R. POSNER (1975), "The Independent Judiciary in and interest group perspective", en *Journal of Law and Economics*.
- LA PORTA, Rafael, Florencio LÓPEZ, Cristian ELECHES y Andre SHLEIFER (2002), Judicial Checks and Balance. Disponible en:  
<http://ideas.repec.org/p/nbr/nberwo/9775.html>
- LEVY, B. y P. SPILLER, (1993), "Regulation, Institutions, and Commitment in Telecommunications: A Comparative Analysis of Five Country Studies", en Proceedings of the World Bank Annual Conference on Development Economics, Washington, World Bank.
- LINARES, Sebastián (2003), "La independencia judicial: conceptualización y medición", en *Política y Gobierno*, 11.
- MAGALHAES, Pedro y Guillermo O'DONNELL (2002), "The Judiciary and its Relations with the Executive and the Legislative". Síntesis de la discusión Working Group 3, The Judiciary and its Relations with the Executive en el marco de la Conferencia Democratic Transition and Consolidation, Madrid.
- MATTEI, Ugo y Mauro BUSSANI (2001), Making the other path efficient. Economic Analysis and Tort Law in Less Developed Countries. Disponible en:  
<http://www.jus.unitn.it/cardoza/review/Torts/Mattei1.html>.
- McELDOWNEY, J. (2001), Developing the Judicial Budget: An analysis. World Bank Conference. St Petersburg. Disponible en:  
[http://www4.worldbank.org/legal/ljr\\_01/](http://www4.worldbank.org/legal/ljr_01/)
- NAGEL, Mónica (2002), Costa Rica: the end of intermarriage between the Judiciary and the political class and the question of the growing influence of judges in politics. (Changes in the independence of the Judiciary in the light of 12 years of the Constitutional Court.) Documento presentado en la conferencia Democratic Transition and Consolidation, Working Group 3: The Judiciary and its Relations with the Executive, Madrid.
- PERETTI, Terri (2002), "A normative appraisal of social scientific knowledge on regarding judicial independence", en *Ohio State Law Journal*, 64 (1).

- PÉREZ, Rogelio (2000), "Independencia y responsabilidad de los jueces", documento preparado para la reunión Comprehensive Legal and Judicial Development. Towards an Agenda for a Just and Equitable Society in the 21st Century, Banco Mundial, junio 5-7, 2000, Washington, D.C.
- POPKIN, Margaret (2001), "Informe comparativo sobre la independencia judicial en América Latina", documento preparado en el marco de la construcción de la "Guía para la independencia judicial" de US-AID.
- RAMSEYER, M. (1998), "Judicial Independence", en P. Newman, *The New Palgrave Dictionary of Economic and the Law*, New York, Stockton Press.
- SAEZ, F. (1998), "The Nature of Judicial Reform in Latin America and Some Strategic Considerations", en *American University International Law Review*, 13.
- SALZBERGER (2003), "Economic Analysis of the Separation of Powers and the Independence of the Judiciary". Documento enviado por el autor.
- SÁNCHEZ, Olga (2000), "La independencia judicial en México", documento presentado en la Conferencia Judicial Internacional organizada por el Centro para la Democracia, en San Francisco, California, mayo 25.
- SCRIBNER, Druscilla (2000), "Court-Executive-Legislative Relations in Latin America: Toward a Comparative Framework", documento presentado en el encuentro de LASA 2000.
- SHETREET, S. (1985), "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges", en J. Deschenes y S. Shetreet (eds.), *Judicial Independence*, Amsterdam, Martinus Nijhoffp.
- STATON, J. (2000), Public Support, information and Judicial Power 2001. Conference on the Scientific Study of Judicial Politics. Disponible en: <http://www.artsci.wustl.edu/~polisci/epstein/conference/archive00/Staton.pdf>
- STEPHENSON, Matthew (2001), "When the Devil Turns: The Political Foundations of Independent Judicial Review", documento preparado para el Annual Meeting of the American Political Science Association, agosto 30.
- TATE, N. (ed.) (1995), *The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics*, New York, NYU Press.
- THOME, J. (2000), Heading South but Looking North: Globalization and Law Reform in Latin America, ponencia presentada en el Latin American Studies Association Meeting 2000, Miami.
- TOHARIA, Juan (1999), "La independencia judicial y la buena justicia", en *Justicia y sociedad*, 3.
- TRANSPARENCIA INTERNACIONAL (2000), Un sistema judicial independiente. Disponible en: <http://www.transparency.org/tilac/biblioteca/consultas/>