

Una evaluación normativa del conocimiento científico social sobre la independencia judicial*

3

Terri Peretti **

INTRODUCCIÓN

La expresión “independencia judicial” hace referencia a un conjunto de aseveraciones normativas y empíricas sobre los jueces en sus relaciones con los otros. Al tomar decisiones, los jueces independientes están libres de cualquier presión ejercida por actores externos. Cuando los jueces disfrutan de las salvaguardas de inamovilidad del cargo y de protección contra disminuciones salariales, no deben temer a presiones por parte del público o de políticos poderosos. Como resultado, pueden decidir de acuerdo con el derecho, y no conforme a la opinión dominante o a los deseos de las otras ramas del poder. De esta manera se cumplen varios objetivos normativos. Aun cuando son impopulares, los derechos y las libertades expresados en textos legales pueden ser protegidos efectivamente. Así mismo, se promueven valores del Estado de derecho al someter a todos los individuos y grupos, sean débiles o fuertes, a las mismas reglas legales.

Son abundantes los desafíos empíricos, conceptuales y normativos a este modelo (Burbank y Friedman, 2002) y este artículo encaja justamente en tal tradición. En síntesis, de la literatura disponible sobre cortes, y de los variados hallazgos de las ciencias sociales relevantes para la independencia judicial, se desprende que:

- La independencia judicial no garantiza bienes sociales tales como la prosperidad, la estabilidad y los derechos humanos.

* Una versión de este texto ha sido publicada en *The Ohio State Law Journal*, vol. 64, No. 1, 2002.

** Profesor asociado de ciencia política, Universidad de Santa Clara, Estados Unidos.

- Los jueces utilizan su libertad de decisión de acuerdo con sus preferencias ideológicas.
- Los jueces cuentan con una pequeña cantidad de independencia.
- La independencia judicial es producto de condiciones e incentivos políticos, mas no de protecciones estructurales de carácter formal.

Estos son hechos que debe reconocer cualquier teoría normativa de la independencia judicial. Hacer esto, sin embargo, no es tan difícil como puede esperarse. Vemos con alivio, más que con alarma, estos hallazgos investigativos, los cuales respaldamos normativamente. Puesto de manera simple, es bueno que la independencia judicial sea limitada y condicionada políticamente, así como es bueno que sea usada con propósitos ideológicos, y no para la protección de derechos.

Como lo anotan Burbank y Friedman, demasiados académicos tratan la independencia judicial como un “monolito”, o dejan de proveer información contextual al identificar en qué cortes se enfocan, o al concentrarse exclusivamente en las cortes federales, particularmente en la Corte Suprema de Estados Unidos (Burbank y Friedman, 2002: 9-11). Al relacionar las investigaciones de ciencia política sobre la Corte Suprema con varios asuntos normativos referidos a la independencia judicial, se comete aquí el último de estos pecados, no el primero. La atención se dirigirá hacia la Corte Suprema, ya que es esa el área de especialización del autor de este artículo, y ya que allí quedan por abordar significativos desacuerdos normativos. Se admite, sin embargo, que la independencia judicial significa algo totalmente distinto para una “Corte de pruebas que decide cuestiones de hecho y que aplica el derecho bajo un sistema jerárquico de precedente”, que para la Corte Suprema, la cual decide asuntos trascendentales de política pública y crea precedentes vinculantes para que sean seguidos por otras cortes (9-11). Se admite además, que las cortes de los estados, esos hospicios de la rama judicial estadounidense, merecen mayor atención académica. Hecha esa salvedad se puede pasar a la tarea central de explorar las implicaciones normativas de la investigación en ciencias sociales, las cuales se refieren a las cortes en lo tocante a la independencia judicial.

EL VALOR INSTRUMENTAL DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

Extravagantes aseveraciones se hacen a favor de la independencia judicial. Ésta es considerada como garante de una variedad de nobles fines –el Estado de derecho, la estabilidad democrática, el desarrollo económico y los derechos humanos– (Capeletti, 1971; White, 1996; Camp Keith, 2002; Fein y Neuboner, 2000). Pese a su frecuencia, resulta sorprendente que estas aseveraciones hayan recibido una investigación y un apoyo empírico tan pobre.

La posición de Charles Cameron confirma que la investigación sobre estas supuestas conexiones causales es bastante escasa (Cameron, 2002: 144-145). Por ejemplo, Cameron no encontró estudios sobre la relación entre independencia judicial y estabilidad democrática. En lo que respecta a la independencia judicial y al desarrollo económico, Cameron reporta que el estudio de Barro encontró un “nexo significativo, sustantivo e importante entre el crecimiento económico y los valores del Estado de derecho” (Barro, 2002: 144). Yamanishi, sin embargo, no encontró conexión alguna entre la independencia judicial y los valores del Estado de derecho (Yamanishi, 2000). Adicionalmente, el estudio de Yamanishi no logró verificar que la independencia judicial tuviera un impacto positivo en el crecimiento económico. Finalmente Keith reporta que, pese a que tomadas individualmente las medidas sobre independencia judicial tienen apenas un pequeño impacto en el comportamiento estatal frente a los derechos humanos, el “impacto combinado” de varias de estas medidas es “bastante sustancial” (Camp Keith, 2002: 196-200).

Lewis Kornhauser afirma que “la independencia judicial no es una condición necesaria para la estabilidad o para el desarrollo (económico),” (Kornhauser, 2002 45-52) al señalar que pese a la falta de independencia judicial, Japón tiene un gobierno altamente estable y un impresionante registro de crecimiento económico (53). Anota adicionalmente que las naciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) han alcanzado estabilidad y prosperidad pese al uso de una amplia variedad de estructuras adjudicativas (53).

Walter Murphy aborda el asunto de forma más indirecta al explorar la efectividad de varios sistemas de gobernabilidad en el logro de la paz, la prosperidad, la libertad frente a la opresión y la estabilidad (Murphy, 2001: 11-14). Mientras reconoce una variedad de limitaciones empíricas, concluye que la democracia (de la cual la independencia judicial es una parte significativa) reporta beneficios importantes, pero al mismo tiempo riesgos (10-16). Por ejemplo, protege efectivamente a los ciudadanos frente al gobierno, pero no frente a otros ciudadanos; ofrece promesas “realistas” de paz; facilita la estabilidad política (aunque desigualmente); empobrece la cultura cívica, y produce un “buen resultado” en relación con el crecimiento económico (pese a que es obstaculizado por el “capitalismo coercitivo”) (11-14). Como Kornhauser, Murphy nos alerta sobre “el problema de la capacidad de ejecución múltiple” (Kornhauser, 2002: 53); aun si se prueba que la independencia judicial logra alcanzar un objetivo particular, también estructuras alternativas podrían lograrlo (22-32).

La pregunta acerca de si la independencia judicial promueve los derechos humanos requiere mayor atención. Éste es el beneficio que más a menudo citan aquellos que afirman que los jueces independientes defenderían vigorosamente los derechos y las libertades legisladas, aun cuando encaren la oposición de mayorías populares o de políticos poderosos. No obstante, existen pocos estudios que evalúen directamente esta supuesta conexión. Cameron reporta dos y Brickman tan solo uno, quien

de hecho halló “una relación fuerte, sustantivamente importante y estadísticamente significativa entre las libertades civiles y la independencia judicial”, mientras Yamashini encontró nexos más tentativos y parciales entre independencia judicial y derechos humanos (Cameron, 2002: 144; Yamanishi, 2000).

Pese a que están justificados estudios adicionales, tanto la evidencia anecdótica como la lógica debería disminuir las expectativas de confirmar una conexión causal sustantiva entre la independencia judicial y los derechos humanos. En primer lugar, la historia de la Corte con el mayor grado de independencia –la Corte Suprema de Estados Unidos– no nos ha enseñado que los jueces independientes defiendan con fiabilidad las libertades constitucionales. Por ejemplo, la Corte no protegió la libre expresión durante el periodo de guerra o en la era McCarthy.¹ La Corte ha fallado con mayor frecuencia contra las minorías políticamente vulnerables –trabajadores sin poder en *Lochner*,² y durante la era del New Deal, homosexuales en *Bowers v. Hardwick*,³ niños latinos pobres en *Rodríguez*,⁴ minorías raciales en una variedad de casos, en los que se incluyen *Dred Scott*,⁵ *Plessy*⁶ y *Korematsu*.⁷ Gerald Rosenberg recuerda que países como Inglaterra, Francia y Australia, que no tienen cortes independientes, hicieron durante la guerra fría una mejor labor en la protección de las libertades civiles y del disenso político que la Corte Suprema de Estados Unidos (Rosenberg, 2001).

Adicionalmente, evidencia clara y concluyente muestra que el respaldo judicial a las libertades básicas varía de manera considerable. Por ejemplo, las cifras de O'Connor y Palmer revelan, para el periodo de 1993 a 1999, dramáticas diferencias en el porcentaje de las decisiones de los jueces de la Corte Suprema a favor de las libertades civiles –variando de un 72% en el caso de *Stevens* a un 29% en el de *Thomas Rehnquist*– (O'Connor y Palmer, 2001: 262-267). La proporción de las decisiones a favor de las libertades civiles, tomadas por la Corte en pleno, han variando a su vez considerablemente: 79% en la Corte Warren durante el periodo de 1962 a 1968, comparado con tan sólo un 37% en la *Rehnquist* durante el periodo de 1993 a 1998 (Baum, 2001: 155). Estos hallazgos refutan la presunción del modelo tradicional, según la cual los jueces independientes respaldan invariablemente las libertades civiles.

¹ Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919); Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951); *Barrenblatt v. United States*, 360 U.S. 109 (1959); *Uphaus v. Wyman*, 360 U.S. 72 (1959).

² *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

³ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

⁴ *San Antonio Indep. Sch. Dist. v. Rodríguez*, 411 U.S. 1 (1973).

⁵ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1856).

⁶ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

⁷ *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

Finalmente, la evidencia siembra dudas sobre el argumento según el cual los jueces independientes pasarían por encima de las mayorías populares con objeto de proteger las libertades y los derechos legislados. Las investigaciones han demostrado de forma consistente que las decisiones de la Corte Suprema reflejan la opinión pública y varían de acuerdo con ésta (Marshall, 1989; Mishler y Sheehan, 1993: 87-91; Stimson et al., 1995: 543-551). Especialmente pertinentes resultan los hallazgos de Marshall e Ignagni que muestran que la Corte, cuando ha estado respaldada por el público, ha fallado con más frecuencia a favor de demandas sobre igualdad, derechos y libertades civiles (73% de las veces), que cuando ha encontrado oposición en la opinión (40% de las veces) (Marshall e Ignagni, 1994: 146-148).

Las dificultades en la verificación del nexo entre independencia y fines normativos como la prosperidad y los derechos humanos no deben resultar sorprendentes dadas las fallas típicas en la elaboración lógica del nexo. Por ejemplo, no se nos dice por qué los jueces respaldarían de forma tan inusual y uniforme las libertades civiles o la eficiencia económica, ni tampoco por qué los votantes indiferentes y los políticos estarían dispuestos a poner a los jueces en el cargo. Ciertamente existen algunas excepciones a esta perspectiva habitual. Por ejemplo, Cameron argumenta que las cortes independientes podrían ayudar a promover el crecimiento económico debido a la efectividad que muestran en la ejecución de contratos y en la resolución de disputas económicas (Cameron, 2002: 141). En otro ejemplo, Murphy especula sobre cómo el "efecto legitimador de la revisión judicial (...) puede aplacar las dudas entre perdedores y neutrales", contribuyendo de esta manera a la estabilidad política.⁸

Resulta claro que hay debilidades significativas en el respaldo lógico, estadístico y anecdótico respecto al nexo entre independencia judicial y protección de derechos. Sin embargo, no debemos desfallecer por esta razón. La consolidación de los derechos humanos por medio de textos legales y cortes independientes no es la forma más efectiva o deseable para lograrlo. Las libertades civiles se protegen mejor por medio de procesos democráticos deliberativos que a través de cortes independientes actuando de acuerdo con determinados fines.

El juez Learned Hand nos previene acerca tanto de la futilidad como del peligro de confiar en demasía en los jueces la empresa de la protección de los derechos (Bickel, 1962: 23). Al respecto observaba sabiamente que:

ninguna Corte puede salvar a una sociedad tan resquebrajada que adolezca de espíritu de moderación; una sociedad en la que florezca ese espíritu, no *necesita* ser salvada por Corte alguna; y una sociedad que evada su

⁸ Sin embargo, Murphy anota que la evidencia disponible no sustenta esta hipótesis. El conocimiento público y el apoyo a la Corte son insuficientes para jugar un rol legitimador (Murphy, 2001: 35).

responsabilidad al imponer sobre las cortes el fomento de éste, verá finalmente perecer tal espíritu.⁹

James Bradley Thayer argumenta de igual manera que “bajo ningún sistema el poder de las Cortes puede llegar a salvar a las personas de la ruina; nuestra protección principal radica en otra parte”.¹⁰ También es esa la lección del estudio de Gerald Rosenberg sobre los esfuerzos de reforma social de la Corte Suprema en áreas tales como los derechos civiles, el aborto y los derechos de los sindicatos (Rosenberg, 1991). Las cortes normalmente no vencen cuando intentan vindicar derechos afirmativos como el derecho a la asistencia legal, oportunidades educativas equitativas o acceso al aborto. Por el contrario, el éxito de las iniciativas basadas en derechos ha dependido de la voluntad de otros actores políticos de acatar y proveer apoyo operativo.

Como personas comprometidas tanto con la gobernanza democrática como con los derechos humanos, debemos confortarnos con ese mensaje. Dejar la protección de los derechos a los jueces, a los que se consideran superiores y supremos, resulta elitista y hostil para con los valores democráticos. Todavía más, este “monopolio judicial (...) merma el número de escenarios en el que ocurre el diálogo constitucional, (y) resulta corrosivo para la ilustración constitucional.” (Finn, 2001: 41-58). Esta visión elitista excluye a los ciudadanos y a sus representantes electos de la labor legítima de elegir, modelar y remodelar nuestros valores e ideales fundamentales; “la empresa constitucional” debería considerarse, por el contrario, “un asunto ampliamente democrático” (57-58).

Como ha argumentado Thayer, confiar en demasía en los jueces para la vindicación de nuestros derechos y la corrección de nuestros errores morales y políticos es arriesgado en tanto la gente podría perder tanto la experiencia como las responsabilidades de la ciudadanía.¹¹ En la misma línea, la evidencia de Rosenberg reta el saber de los reformadores sociales, quienes sucumben a la “tentación del litigio” e invierten sus recursos limitados en la consecución de victorias legales y no políticas (Rosenberg, 1991:341). Por ejemplo, Rosenberg argumenta que la estrategia legal predominante de los grupos a favor del aborto los ha llevado a bajar la guardia después de *Roe v. Wade*,¹² olvidando la ardua labor política que necesariamente acompaña la creación y preservación de derechos constitucionales (339-442). Estos no se encontraban preparados para el movimiento anti-aborto ni para la arremetida legislativa y las nuevas

⁹ Cita de Learned Hand, “The Contribution of an Independent Judiciary to Civilization”, en *The Spirit of Liberty* 172 (181), Irving Dillard (ed.), 1952.

¹⁰ Cita de James B. Thayer, “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, en *Legal Essays* 1 (39) Boston Book Co., 1908.

¹¹ Citado en Bickel (1962: 21-22).

¹² 410 U.S. 113 (1973).

restricciones al aborto que siguieron. La lección dejada por la variedad de reformas basadas en litigios fallidos es clara: la educación pública, la movilización de votos y grupos, y el *lobby* legislativo son sendas más certeras (y por supuesto más democráticas) para la vindicación de derechos que lo que puede ser el abandono de la tarea vindicadora de los derechos en cabeza de jueces independientes.

Un punto final es que aun si quisiéramos garantizar que los jueces defiendan las libertades civiles con gran vigor y regularidad, otorgarles independencia es un método incierto, si no curioso, de lograrlo. Como lo anotábamos anteriormente, los jueces liberales (que son predominantemente jueces demócratas designados por presidentes demócratas) tienden significativamente a fallar a favor de las demandas sobre derechos y libertades civiles.¹³ Si el fin buscado es la certera protección *judicial* de esos derechos, una estrategia más lógica y efectiva sería la elección de demócratas para la Casa Blanca y el Senado con objeto de ubicar más liberales en los escaños. Después de todo, el notable decrecimiento del apoyo dado por la Corte Suprema a las demandas sobre libertades civiles ocurrido en décadas recientes, puede vincularse a la elección de presidentes republicanos y a su subsecuente designación de jueces conservadores (Baum, 2001: 154-157). La independencia judicial confiere poder a todos los jueces, sin tener en cuenta su compromiso con los derechos y las libertades civiles y es, por tanto, una ineficaz y extraña aproximación a la causa de los derechos humanos.

Para sintetizar, el apoyo lógico y corroborativo del vínculo entre independencia judicial y derechos humanos es débil. Pero no debemos desesperar. En efecto, un compromiso verdadero con los derechos humanos reconocería que la independencia judicial no los preserva ni efectiva ni democráticamente, y que hay alternativas superiores para su vindicación.

EL USO IDEOLÓGICO DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

La falta de evidencia de que la independencia judicial garantice los derechos humanos no resulta sorprendente a la luz de un segundo hecho revelado por la ciencia social: cuando tienen la oportunidad, los jueces deciden de acuerdo con sus valores ideológicos. Un extenso cuerpo de investigación confirma “el modelo de actitud”, el cual asume “que los jueces –particularmente los de Cortes de apelación– ven los casos principalmente como asuntos ampliamente políticos y socioeconómicos y (...) generalmente responden a estos asuntos de acuerdo con sus valores y actitudes personales” (Neubauer, 1997: 410).

Particularmente para la Corte Suprema de Estados Unidos, las investigaciones han encontrado una considerable variación en la toma de decisiones, pero tam-

¹³ Para un resumen de los estudios de punta en esta área, véase Terri Jennings Peretti (1999).

bién pautas predecibles en la toma de las mismas, así como una amplia evidencia que muestra que esas pautas son producto de una ideología personal (Segal y Spaeth, 1993; Segal y Cover, 1989; Segal, 1995). Por ejemplo, Baum reporta una variación sustancial entre jueces en lo referido a la proporción de votos liberales producidos en el periodo de 1998: 76% para Stevens, y un rango de 56 a 58% para los demás miembros del ala liberal de la Corte (Ginsburg, Breyer y Souter), y un rango de 23 a 35% para los jueces conservadores (Kennedy, O'Connor, Scalia, Thomas y Rehnquist) (Baum, 2001: 147). Adicionalmente, jueces ideológicamente compatibles como Scalia y Thomas han votado juntos en proporciones muy altas (86%), mientras jueces ubicados en extremos opuestos del espectro ideológico, como Stevens y Thomas, votan juntos con mucha menor frecuencia (46%). Finalmente, los cambios en la conformación y en la composición ideológica de la Corte producen similares cambios en su política. Por ejemplo, la llegada de los jueces designados por las administraciones Nixon y Bush produjo una considerable reducción en el apoyo de la Corte a las libertades civiles (Baum, 2001: 155-156).

Una importante estimación por hacer es que el grado de libertad con el que cuentan los jueces para "votar según sus valores", depende tanto de la naturaleza del asunto como del nivel judicial. Por ejemplo, los jueces de cortes inferiores toman miles de decisiones de forma impulsiva, muchas de ellas en asuntos de rutina como los contravencionales, de tráfico y de divorcio, los cuales merecen poca discreción. La oportunidad para promover preferencias ideológicas es mucho menos frecuente que en el caso de los jueces de la Corte Suprema, quienes deciden menos casos pero que por lo general implican difíciles, discrecionales y riesgosas elecciones de políticas.

Los jueces de la Corte Suprema disfrutan de una libertad de decisión considerablemente mayor que la de los jueces de cortes inferiores. No obstante, estudios sobre las decisiones de la Corte Suprema prueban que los jueces usan tal libertad para promover sus preferencias ideológicas, las cuales pueden ser consistentes o no con el texto o con una agenda de derechos humanos.

Sin embargo, no debemos considerar estos hallazgos como motivos de preocupación. Los jueces que siguen sus preferencias ideológicas contribuyen con la realización de una variedad de objetivos legítimos y democráticos. Por ejemplo, la existencia de patrones ideológicos en la toma de decisiones judiciales invita a un informado escrutinio público y de elite sobre los jueces propuestos para el cargo. Un buen ejemplo (con un saludable desarrollo) fue la gran especulación que se produjo alrededor del juez Garza, uno de los posibles jueces propuestos por Bush para la Corte Suprema (Ewald, 2002). Políticos, periodistas y grupos de interés desde hace tiempo han venido operando bajo el supuesto válido de que la posición política de los jueces sí importa, y que la indagación en estos temas es altamente legítima. Debido a que los patrones ideológicos usualmente son aparentes en el historial de decisiones de los nominados, los presidentes y senadores que seleccionan a los jueces son alentados y capacitados para que encausen el rumbo futuro de las políticas judiciales.

Las decisiones ideológicas de los jueces designados, una vez en el cargo, llenan las expectativas de los funcionarios que los han nominado. Los jueces que usan su libertad de decisión están cumpliendo con su obligación democrática. Los valores ideológicos reflejados en la decisión de un juez cumplen la función de buenos representantes; los funcionarios electos plantaron deliberadamente tales valores en las cortes a favor de sus votantes y están, por lo tanto, moldeando democráticamente la política judicial (Peretti, 1999: 84-132). Esta perspectiva provee legitimidad a los esfuerzos de la corte a principios de la década de los treinta por proteger el consenso político preexistente contra la regulación económica, y por resistir al dramático rumbo que tomaban las nuevas políticas del New Deal de FDR.¹⁴ Al mismo tiempo, se generan dudas sobre la legitimidad de la Corte Warren y sus aventuras igualitarias de rueda suelta, dado el hecho de que no eran el producto de un consenso electoral y político anterior.¹⁵

En este sentido, los jueces que deciden de acuerdo con las premisas valorativas de su designación pueden además reforzar la estabilidad política. Y lo hacen al evitar que acuerdos políticos del pasado sean invalidados por una elección particular o por tendencias políticas de corto plazo, lo cual es un objetivo normativo deseado por los padres de la Constitución. Cuando un número de grupos o de valores ganan apoyo suficiente en las elecciones presidenciales y de Senado, se están garantizando de manera justificada representaciones en la Corte a largo plazo. El “premio” obtenido son jueces ideológicamente correctos con cargos vitalicios. Esos jueces pueden contribuir a que un electorado voluble no vacíe fácilmente compromisos políticos anteriores, o no transforme en perdedores a los ganadores del pasado. Un nuevo consenso valorativo o de políticas debe obtener una aprobación amplia representada en otro conjunto de jueces ideológicamente correctos con cargos vitalicios.

Este modelo es similar, en términos generales, mas no en los específicos, al modelo Landes-Posner (1975), el cual establece que los jueces independientes y apegados a la norma pueden dar durabilidad a los privilegios legales otorgados a los grupos de interés, permitiendo por tanto que los legisladores impongan costos más altos a los grupos de interés que busquen favores legislativos (Landes y Posner, 1976: 875-901).¹⁶ Estos jueces hacen cumplir, según se ha dicho, los acuerdos con los grupos de interés.

¹⁴ Por referencia al presidente Franklin Roosevelt. (N. del E.)

¹⁵ En otro lugar se ha intentado ofrecer tentativamente una defensa pluralista de la Corte Warren que se enfoca en la expansión que hizo ésta de la representación de intereses, y de su promoción de una idea de juego limpio cuando se acercó a los intereses de los grupos “aislados”. Nuestra perspectiva acerca de la Corte Warren está caracterizada por la ambivalencia. Nos interesa cualquier Corte que se “aventure” tan dramáticamente, pese a que mantenemos nuestra posición de que los controles políticos limitarán efectivamente el éxito de sus aventuras políticas. *Ibidem*, pp. 219, 222-24, 232-33, 238, 242.

¹⁶ Varios artículos que desarrollan o critican este modelo son: Donald J. Boudreaux y

Sin embargo, en la perspectiva Landes-Posner, los jueces protegen pactos entre grupos de interés debido a su adherencia a las normas textuales y de precedente (879-883). Los jueces (por lo menos en los casos que involucran asuntos políticos significativos) hacen cumplir acuerdos entre grupos de interés debido a que personalmente favorecen tales acuerdos. En la perspectiva Landes-Posner, los jueces independientes que hacen cumplir tratos legislativos sirven fines menos nobles –al permitir políticas de grupos de interés y al satisfacer los motivos personalistas de los legisladores– (Landes y Posner, 1975: 877-878, 880-885). En nuestra perspectiva, la puesta en práctica de los acuerdos entre grupos de interés puede servir amplios propósitos públicos como la estabilidad política y la representación de intereses. Es hacia este objetivo a donde nos dirigimos.

Es un lugar común observar que los padres de la Constitución, al diseñarla, estaban fuertemente motivados por un miedo a la tiranía, en particular por un miedo a la tiranía mayoritaria que podría derivar en un sistema democrático. Recorrieron un gran camino para prevenir que una mayoría egoísta tomara con facilidad el control del gobierno. Por ejemplo, adoptaron un esquema representativo en el que sólo la Cámara de Representantes resultara elegida directamente, y en el que las elecciones, tanto para el Senado como para el gobierno, fueran escalonadas. Como resultado, una mayoría transitoria no podría precipitarse en el gobierno en una sola elección. Además, el poder fue dividido entre las tres ramas nacionales del poder, y entre el gobierno estatal y los gobiernos federales. Con estos pesos y contrapesos, una mayoría necesitaría ganar el control simultáneo de todas estas unidades gubernamentales, lo que no es una pequeña empresa si se tienen en cuenta las elecciones escalonadas y la selección no electoral de tantos funcionarios.

La confianza del sistema es negativa, en el sentido de que ningún grupo, incluyendo una mayoría, puede obtener fácilmente el control del gobierno y promulgar sus políticas egoístas. No obstante, hay también un aspecto positivo: todo grupo, aun una minoría, tiene la oportunidad de desafiar, en una variedad de escenarios institucionales, las políticas que considera nocivas para sus intereses. Debido a que cada institución es diseñada de forma diferente en términos de la selección de métodos y la duración de periodos, las posibilidades de que un grupo gane en uno de esos escenarios se incrementan. De otro lado, gracias a los pesos y contrapesos, una rama del poder puede detener efectivamente a otra (por lo menos por un tiempo); el triunfo en una de las ramas es todo lo que se requiere.

A. C. Pritchard, *Reassessing the Role of the Independent Judiciary in Enforcing Interest-Group Bargains*, 5 Con. Pol. Econ. 1-21 (1994); W. Mark Crain y Robert D. Tollison, *Constitutional Change in an Interest-Group Perspective*, 8 J. Legal Stud. 165-75 (1979); Gary M. Anderson et al., *On the Incentives of Judges to Enforce Legislative Wealth Transfers*, 22 J. L. Econ. 215-28 (1989).

Por tanto, los jueces independientes pueden proveer valiosa asistencia a un grupo que busque detener una política hostil a sus intereses. Una rama judicial independiente ofrece no sólo esperanza a los grupos de interés, sino una oportunidad real de obtener algunas concesiones de política. La independencia judicial proporciona algún poder a funcionarios ubicados en escenarios alternos para granjearse asistencia política y es, por tanto, benéfica para los grupos de interés. Contribuye a una forma de políticas de grupos de interés más robusta y democrática. También puede beneficiar nuestra idea de tolerancia y de juego limpio en un sistema que inevitablemente escoge perdedores y ganadores. Como ha afirmado Walter Murphy:

La revisión judicial (...) permite que los perdedores en los procesos políticos apelen a los jueces, y no al cielo. Al restringir el poder de los funcionarios electos así como el de los burócratas, la democracia constitucional baja las apuestas en la política. Si la vida, la libertad y la propiedad dependiesen del resultado de la siguiente elección, los ciudadanos pensantes podrían ser renuentes a aceptar tal proceso de toma de decisiones, a menos que estuviera fundado en una cultura política que limitara el poder y garantizara oportunidades permanentes para la participación política (Murphy, 2001: 15).

Pese a que el poder judicial puede servir como un nicho institucional adicional para que los grupos protejan sus intereses, hay límites a la libertad con la que los jueces deciden a qué grupos ayudar. En primer lugar, como se afirmó, la predisposición de los jueces a ayudar a ciertos grupos sobre otros está fuertemente influenciada por aquellos que los designan. En cierto sentido, el despacho del juez ha sido “programado”. En segundo lugar, como se argumentará más adelante, variados controles políticos limitan el poder de los jueces de promover más efectivamente sus preferencias.

LÍMITES A LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

Pese a que se ha concluido que en últimas los jueces estadounidenses disfrutaban una cantidad apenas modesta de independencia, tal apreciación involucra serias dificultades. En primer lugar, “el cuántum y la calidad de la independencia judicial (...) puede variar dramáticamente entre las Cortes de Estados Unidos”, en tanto las Cortes Federales generalmente poseen más independencia que las de los Estados, y los jueces de apelación más que los de primera instancia (Burbank y Friedman, 2002: 17). Los desacuerdos en torno a la definición plantean problemas adicionales a la medición de la independencia judicial. Por ejemplo, Ferejohn ha hecho una distinción famosa entre independencia resolutoria e independencia institucional (Ferejohn, 1999: 353-355). Burbank ha criticado a los politólogos que equiparan erróneamente la influencia política con el control político y, por tanto, rápidamente descartan como un mito la independencia judicial (Burbank, 1999: 315-328). Kornhauser detecta una variabili-

dad considerable en el significado de la independencia judicial no sólo entre los científicos sociales y los académicos del derecho, sino al interior de cada uno de estos grupos (Kornhauser, 2002: 46). Concluye que la confusión conceptual es tan grande que la independencia judicial no puede considerarse con “un concepto útil y analítico”, y por tanto debe ser abandonado. Rubin afirma que la “independencia” es un concepto constructivo en tanto reconozcamos su utilidad general al describir las interconexiones entre unidades gubernamentales, y eliminemos la peculiar asociación que se hace entre éste y el judicial (Rubin, 2002: 91).

Pese a estas variadas consideraciones, podemos establecer con confianza que los jueces federales, incluyendo a los magistrados de la Corte Suprema, ven su independencia –tanto resolutive como institucional–, sujeta a significativas limitaciones. El Congreso puede acusar a los jueces, establecer y regular la jurisdicción, cambiar el tamaño de los despachos, elevar (o no hacerlo) los salarios judiciales, asignar el personal y el presupuesto judicial, proponer enmiendas constitucionales y revisar interpretaciones legales que no comparte. El Congreso elige además a qué nivel establecer las políticas judiciales. El presidente designa jueces (con la aprobación del Senado), influencia la agenda de la Corte y ejecuta los mandatos de la Corte (completa, parcialmente, o absteniéndose). Además, tanto el presidente como los miembros del Congreso pueden intentar movilizar al público y a los grupos de interés a favor o en contra de la Corte y sus políticas. Es bien sabido que las cortes “dependen notablemente de los funcionarios políticos” (Ferejohn, 1999: 359), quienes pueden, si lo desean, “minar severamente al judicial” (Franklin, 2002: 148).

No obstante, por varias razones estos controles rara vez son invocados de manera formal, lo que los hace ver ineficaces, y lo que da la apariencia de independencia judicial. En primer lugar, hay fuertes incentivos para que las otras ramas del poder cedan voluntariamente autoridad y autonomía al judicial. El ejemplo más obvio se da cuando existe congruencia partidaria e ideológica entre las ramas. De acuerdo con esto, la conclusión de que el judicial es verdaderamente independiente se hace más difícil de defender. Otra razón para explicar que las otras ramas rara vez invocan sanciones formales está en que las cortes actúan en forma estratégica para no incitar una respuesta política.

Ferejohn, sin embargo, nos previene ante la posibilidad de que pese a que “la rama judicial Federal es institucionalmente dependiente del presidente y del Congreso, gracias a la jurisdicción, reglas y ejecución de órdenes judiciales”, sus miembros pueden seguir disfrutando de independencia resolutive, al ser “libres de decidir el caso antes (que ellos), y sin miedo o expectación ante castigos o recompensas (ilegítimas)” (Ferejohn, 1999: 355). Los magistrados de la Corte Suprema parecerían buenos candidatos para la libertad resolutive, y dado el hecho de que no aspiran a cargos más altos, de que no pueden ser revocados por una Corte más alta y de que disfrutan de un cargo vitalicio y de protecciones salariales, pueden ejercer una amplia discre-

ción en la selección de los casos y ocuparse de asuntos legales altamente ambiguos (Segal y Spaeth, 1993: 69).

Es cierto que los magistrados de la Corte Suprema no enfrentan remoción inmediata (o aún penalidades menos graves) por tomar decisiones erróneas o impopulares, y que en esa medida disfrutaban de una considerable independencia judicial. No obstante, la mayoría de magistrados quieren que sus decisiones tengan un impacto de políticas públicas, mucho más allá de ser un tópico de discusión en las clases de derecho. En esta medida deben actuar estratégicamente, acomodando las preferencias de aquellos que podrían impulsar o limitar el éxito de la política pública (Epstein y Knight, 1998: 95-111; Clayton y Gillman, 1999).¹⁷ Por ejemplo, los jueces de cortes colegiadas deben asegurar votos suficientes para producir una decisión mayoritaria. Los jueces que se preocupan por sus preferencias en políticas públicas deben además considerar y adecuar las posibles reacciones de los funcionarios con el poder discrecional para implementar, ignorar o minar sus decisiones. Evitarán además las modificaciones hechas por el Congreso y la imposición de sanciones formales, tales como la remoción jurisdiccional o la renuencia a establecer adecuadamente los salarios y presupuestos judiciales.

Existe evidencia sustancial para sustentar este modelo de comportamiento judicial estratégico. En el proceso de toma de decisiones de la Corte Suprema este comportamiento interdependiente debido a constreñimientos endógenos resulta evidente, tanto en la selección de los casos como en las consideraciones de la Corte.¹⁸ La Corte, en ocasiones, ha actuado para evitar o suavizar la oposición del Congreso (Epstein y Walker, 1995: 315-318; Eskridge, 1991: 613; Gely y Spiller, 1990: 263, 284-96). Dos de los más obvios ejemplos se dieron cuando la Corte empezó a apoyar los programas del New Deal en 1937, y cuando respaldó la protección de las libertades civiles a finales de 1950. Rosenberg ha demostrado que los proyectos de ley para refrenar a la Corte, pese a no ser exitosos, tienen efectos en las decisiones, lo que lo lleva a rechazar el argumento a favor de la independencia de la Corte Suprema (Rosenberg, 1992: 369). La Corte es también deferente para con la rama ejecutiva, como lo muestra el éxito y la influencia extraordinaria que tiene la oficina del procurador general¹⁹

¹⁷ Véase también Murphy (1964), en donde se discute la estructura dentro de la cual se toman las decisiones judiciales, incluyendo las fuentes y limitaciones del poder judicial, el impacto de las políticas públicas en las decisiones judiciales y las estrategias de éstas.

¹⁸ Véase Forrest y Wahlbeck (2000), en donde se discuten las implicaciones del proceso estratégico de toma de decisiones en el proceso judicial.

¹⁹ La función principal de la oficina del procurador general es la de supervisar y conducir ante la Corte Suprema de Estados Unidos los procesos litigiosos en los que el gobierno se halle involucrado. Resulta interesante constatar la gran importancia de esta oficina, en tanto el gobierno de Estados Unidos está involucrado en casi las dos terceras partes de los casos que decide cada año la Corte Suprema (Véase

(Caplan, 1987: 19-32; Segal, 1990: 373-9; Epstein et al., 1994: 569-72). Los politólogos discrepan sobre cómo estas consideraciones estratégicas inhiben a los magistrados de la Corte Suprema de votar abiertamente sus preferencias. Sin embargo, la mayoría concuerda en que los magistrados de la Corte Suprema buscan sus objetivos ideológicos o políticos, principalmente al votar de acuerdo con sus preferencias, pero también al adecuar las de aquellos que pueden limitar el éxito de sus políticas (Baum, 1997).

Ciertamente los jueces pueden ignorar las consideraciones estratégicas y tolerar la irrelevancia o el fracaso de sus políticas, y de hecho algunos lo hacen. Por ejemplo, a los magistrados Douglas y Scalia les ha importado poco la construcción de coaliciones dentro de la Corte o el éxito de sus políticas fuera de ella. Éste es en efecto el reverso de la moneda. Los jueces pueden escoger ser más independientes, aunque menos influyentes. La lección perdura, sin embargo: si los jueces quieren el éxito de sus políticas, deben reconocer y adecuar límites a su independencia. En ocasiones deben condescender a los deseos de otros.

Este tercer hecho –que los jueces, aun los magistrados de la Corte Suprema, no disfrutaban de completa independencia– es lo menos controvertido y lo más fácil de defender normativamente. Nadie afirma que los jueces monopolizan la virtud y la verdad, y que en consecuencia no deben estar sujetos a ningún tipo de constreñimiento en sus decisiones. Después de todo, “los jueces a los que no se les puede pedir cuentas pueden en la misma medida seguir la ley así como desviarse de lo que ésta les demanda. De esta manera, *algún* grado de verificación de su labor parece ser esencial (...)” (Burbank et al., 2002: 4).

Adicionalmente, la independencia judicial limitada resuena poderosamente en el pensamiento político estadounidense. Los estadounidenses desde hace tiempo han sido escépticos frente al poder y la competencia gubernamental, y han demandado que todos los funcionarios del gobierno sean inspeccionados por el pueblo, directa o indirectamente mediante las elecciones. El uso extendido de las elecciones judiciales en los estados refleja este impulso.

Los controles políticos aseguran correctamente que los jueces federales, pese a no ser elegidos, puedan ser puestos en cintura si los ciudadanos o sus representantes así lo desean. Las impopulares aventuras de las cortes pueden, deben y han sido controladas, y aun revertidas. Tal fue el caso de la Corte anti-New Deal de 1930. Esta Corte cambió dramáticamente su curso en 1937, cuando adoptó la extraña posición según la cual la Constitución no protege la libertad económica, y de acuerdo con la cual el Congreso puede regular virtualmente cualquier asunto que desee, mientras esté vinculado, así sea muy remota o imaginativamente, con el comercio interestatal.²⁰ La Corte

www.usdoj.gov/osg). (N. del Trad.)

²⁰ Véase *NLRB v. Jones y Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1, 81 (1937); *United States v.*

Warren también fue supervisada, aunque en una forma menos dramática. Una sucesión de victorias presidenciales republicanas y una designación de jueces conservadores moderó, y en algunos casos frenó, el curso de políticas igualitarias de la Corte.²¹

Ya sea por medio de las leyes que legislen, de los jueces que seleccionen, de las decisiones judiciales que ignoren, o de la presión que apliquen, los funcionarios electos pueden asegurar que las cortes serán receptivas (con el tiempo y de manera general) al pueblo. Esto concuerda con el requerimiento de rendimiento de cuentas para todos los funcionarios estatales, tradicional en la democracia estadounidense.

CAUSAS ESTRUCTURALES FRENTE A CAUSAS CONDUCTUALES DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

El hallazgo empírico definitivo de la ciencia política que debe examinarse aquí es que la independencia judicial no se garantiza por protecciones estructurales de carácter formal como el cargo vitalicio. Por el contrario, factores políticos, en particular los incentivos políticos frente a otros funcionarios, son determinantes más poderosos de la independencia judicial. Puesto de manera simple, los jueces tienen la autonomía que los políticos estén dispuestos a cederles, aunque ésta es por lo general considerable.

Las causas de la independencia judicial no son bien entendidas. Se asume comúnmente que las peculiaridades estructurales de carácter formal, como el cargo vitalicio o las protecciones salariales, garantizan una rama judicial independiente. Las investigaciones, sin embargo, sugieren otra cosa. Por ejemplo, la recolección hecha por Stephenson de varios estudios comparativos revela que las protecciones constitucionales formales referidas a la selección judicial, a la promoción, al cargo vitalicio, al salario y al presupuesto, adoptadas por varios países, no han asegurado la independencia judicial.²² Aún más, Stephenson ha encontrado que “de hecho algunos países dan a su rama judicial más independencia de la que es estrictamente requerida por las restricciones formales relevantes” (Stephenson, 2001: 5). Kornhauser halla alecciona-

Darby, 312 U.S. 100 (1941); Wickard v. Filburn, 317 U.S. 128. 128-29 (1964); Katzenbach v. McClung, 397 U.S. 294 (1964). En relación con el giro dramático de las perspectivas de la Corte sobre el poder estatal regulatorio, véase *West Coast Hotel v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), y *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).

²¹ San Antonio Indep. Sch. Dist. v. Rodríguez, 411 U.S. 1 (1973); Milliken v. Bradley, 418 U.S. 717 (1974); James v. Valtierra, 402 U.S. 137 (1971); Dandridge v. Williams, 397 U.S. 471 (1970); Adarand Constructors, Inc. v. Peña, 515 U.S. 200 (1995).

²² Matthew C. Stephenson, *When the Devil Turns: The Political Foundations of Independent Judicial Review* 5, agosto 30 de 2001 (documento sin publicar presentado en el Annual Meeting of the American Political Science Association), disponible en <http://pro.harvard.edu/abstracts/026/026009Stephenson.htm>.

dora la experiencia británica. Anota que pese a que Gran Bretaña es una democracia parlamentaria, sin una separación de poderes y con una alta Corte que por lo menos de manera formal es una mera dependencia parlamentaria, “los jueces británicos son generalmente considerados como independientes; tal independencia está sustentada tanto por la ley como por las culturas políticas y legales” (Kornhauser, 2002: 47).²³ Cameron rechaza las protecciones estructurales como simples “barreras de arena contra un agresivo ejecutivo o legislativo”, apuntando el ejemplo de Argentina, en donde “fuertes ejecutivos han despedido magistrados de altas corte a voluntad, pese a las prohibiciones legales en contrario” (Cameron, 2002: 139).

Las protecciones estructurales de carácter formal son una guía inadecuada para determinar el grado de independencia ejercido por la rama judicial de un país. La autonomía de los jueces debe ser medida independientemente, y el hallazgo de las causas reales requiere mirar más allá de las reglas formales y los arreglos estructurales. Varios académicos nos invitan a examinar las normas informales, las condiciones políticas y los factores de conducta como determinantes más probables de la independencia judicial. Por ejemplo, Cameron sugiere que las protecciones constitucionales formales como el cargo vitalicio deben estar fundamentadas por una norma política que asegure el castigo del ejecutivo o el legislativo que, a pesar de su cargo vitalicio, intente remover a los jueces de sus cargos. De manera similar, Geyh sugiere que nuestra comprensión de la independencia judicial puede mejorarse si nos enfocamos en “las normas y usanzas que emplea el Congreso al decidir cómo regula la tercera rama del poder”, y además provee como ejemplo “la prohibición hecha *de facto* al Congreso de llenar y vaciar a su agrado la Corte” (Geyh, 2002: 160-161, 167). Sin estas convenciones y normas sociales las reglas formales que fundamentan la independencia judicial significan poco.

Stephenson nos recuerda que la idea de independencia judicial –“personas con armas y dinero” voluntariamente sometiéndose a personas armadas únicamente con un mazo”– es bastante enigmática (Stephenson, 2001: 4). Sugiere en consecuencia que miremos “los factores políticos que dan incentivos al gobierno para obedecer los mandatos de Cortes independientes” (5). Stephenson muestra que la estabilidad democrática y la competencia política son dos condiciones políticas que ayudan a fomentar la independencia judicial (5). La lógica en la que se basan estas conexiones causales es que:

23

Cameron añade su voz al debate al citar los hallazgos de Salzberger y Fenn, según los cuales los jueces ingleses que fallan contra el gobierno serán apoyados en menor medida que aquellos que no lo hacen (Cameron, 2002: 138) (en donde se cita a Eli Salzberger y Paul Fenn, *Judicial Independence: Some Evidence from the English Court of Appeals*, 42 J.I. y Econ. 831, 831-47, 1999).

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: 6-7).

Franklin nos urge a que examinemos los factores conductuales, y no sólo los institucionales, que afectan la independencia judicial (Franklin, 2002: 148-149). Por ejemplo, llama la atención de los reformadores judiciales por no intentar entender los factores fundamentales sobre los incentivos de conducta que enfrentan votantes, grupos de opinión y jueces en las elecciones judiciales. Por ejemplo, sabemos que “la mayoría de votos emitidos en las elecciones judiciales están basados en un conocimiento muy fragmentario”, particularmente en el caso de las votaciones que no son partidarias (151). Sin la clave partidaria, los votantes son inducidos más fácilmente por la crítica hecha por un potente grupo de interés a las decisiones judiciales individuales. Adicionalmente, los jueces deben ejercitar una mayor y más continua cautela en sus decisiones ya que no tienen una base partidaria que los proteja, y ya que no pueden predecir qué decisión particular podría convertirse en el blanco de un grupo de interés. En otras palabras, los jueces sujetos a elecciones sin partidos son *menos* independientes. Al buscar aislar lo judicial de la influencia política, los reformadores han elegido instituciones como la retención y las elecciones sin partido que irónicamente “hacen que los jueces estén *más* expuestos a los votantes caprichosos, (y) sean más vulnerables a los ataques de los grupos de interés” (149). Una vez más, el mensaje es que los factores formales y conductuales tienen gran importancia cuando se trata de la independencia judicial, y pueden minar los presuntos imperativos de las reglas institucionales de carácter formal.

Ferejohn, por lo menos inicialmente, encuentra enigmática la estabilidad de la independencia judicial, ya que “el sistema estadounidense (...) realmente no provee mayor protección para la independencia judicial” (Ferejohn, 1999: 381). Examina también los incentivos y la conducta política, y reflexiona sobre por qué las otras ramas del poder ceden voluntariamente autonomía al judicial, antes de usar “sus amplios poderes constitucionales para infringir la autoridad judicial” (382). Buena parte de la respuesta está en la congruencia ideológica: “en situaciones normales, las acciones del judicial no están desacompañadas con las preferencias generales en políticas públicas de las otras ramas del poder” (383). ¿Por qué molestarse en intentar atacar y controlar una institución que apoya ampliamente las políticas propias? En esta medida, el judicial es más vulnerable cuando el Congreso y el ejecutivo están ideológica-

mente unidos, pero separados ideológicamente del judicial, lógica que es refrendada por la experiencia.²⁴ La historia verifica que tales desequilibrios son raros, pero cuando ocurren las cortes están de hecho en riesgo, tal como ocurrió en el periodo de Jefferson, en la era posterior a la Guerra Civil, y en los primeros años del New Deal. No obstante, la política estadounidense ha consistido de regímenes políticos estables, interrumpidos ocasionalmente por realineaciones de corta vida. Durante estos largos periodos de estabilidad política, el Congreso y el ejecutivo han acatado al judicial debido a que éste es considerado como un compañero de régimen, y no como un oponente de éste.

Whittington aporta una investigación y una conclusión similares en lo referente a los incentivos políticos que subyacen a la independencia judicial (Whittington, 2001: 261-263). Argumenta que los asaltos presidenciales al judicial son más bien excepcionales. Sólo presidentes “reformadores” como Jefferson, Lincoln y Roosevelt, quienes aparecen durante extraños periodos de realineación y quienes, para asignar significado constitucional, retan a la autoridad judicial, hacen esto como una parte necesaria de su tarea de destruir el “régimen colapsado” y reconstruir uno nuevo (265, 270-275). Como es típico, las Cortes sirven a los intereses de los presidentes. Por ejemplo, los presidentes de coalición obtienen beneficio de la habilidad de las cortes para superar *impasses* dentro de la coalición en el poder y para enfriar los ánimos políticos de los votantes. Los presidentes “preeminentes”, que se oponen al régimen existente, tienen en la Ley a su único aliado, y “no pueden permitirse el socavar una institución potencialmente útil” (289).

Estos académicos nos ayudan a ver que “las protecciones formales y estructurales no son ni necesarias ni suficientes para asegurar la independencia judicial” (Cameron, 2002: 140). Aquí los incentivos políticos de otras ramas para garantizar la autonomía del judicial son de mayor importancia. Así, la poca frecuencia histórica de desafíos a la autoridad judicial no es prueba del poder de las disposiciones constitucionales que protegen los cargos vitalicios, los salarios y los presupuestos judiciales. Por el contrario, los políticos consienten la independencia judicial bajo la condición de una congruencia ideológica entre ramas del poder, lo cual es un resultado normal dado el régimen políticamente estable de Estados Unidos. Las ramas populares del poder también aceptan la autoridad judicial cuando sirve a sus propios intereses: por ejemplo, cuando las cortes pueden ayudar en disputas internas en las coaliciones, o cuando pueden proteger al “partido” en el momento en que pierde temporalmente el poder en un sistema electoral competitivo. La independencia judicial está, por tanto, “con-

²⁴ Véase Richard Pacelle y Bryan W. Marshall, *Strategic or Sincere? The Supreme Court in Constitutional Decisions 11* (2001) (documento sin publicar presentado en el Annual Meeting of the American Political Science Association), disponible en <http://pro.harvard.edu/papers/026/026009MarshallBr.pdf>.

dicionada políticamente”, más que determinada por las reglas y estructuras formales (Whittington, 2001: 292).

Ésta es una lección importante para los reformadores. Con mucha frecuencia han confiado en una comprensión formalista de la independencia judicial que descansa más en presunciones que en evidencia. El resultado final son recomendaciones políticas como elecciones no partidistas o planes basados en méritos, los cuales están destinados a fracasar o a producir consecuencias indeseadas o sorpresivas. Como lo advierten Fiorina y Peterson, “si las reformas van a ser efectivas, deben tener en cuenta los incentivos. Con demasiada frecuencia los reformadores olvidan esa premisa y sustituyen los análisis realistas por buenas intenciones y cándidos escenarios. Una evaluación exacta de reformas requiere (...) análisis institucionales realistas basados en incentivos” (Fiorina y Paterson, 2002: 24).

Entender la importancia crítica de las condiciones políticas y de los incentivos de la independencia judicial nos conduce a la última afirmación normativa que defendemos aquí: que las Cortes existen propiamente dentro de un sistema de interdependencias mutuas. Esto a su vez nos alerta frente a la posibilidad de considerar como valiosos los asaltos a la independencia judicial.

Una simple perspectiva bickeliana (por ejemplo, el “paradigma contramayoritario”) ha dominado por mucho tiempo la academia legal (Friedman, 2001: 933, 937-947). Bajo esta perspectiva, las dos ramas del poder político son mayoritarias y dependientes del pueblo, y el judicial es independiente de ambas y puede, por tanto, evaluar neutralmente la consistencia de una ley por medio de principios legales. Sin embargo, esta tendencia a ver la independencia como característicamente judicial no nos ha parecido sólida (Rubin, 2002: 56-63).

Aunque es importante entender que la independencia judicial es limitada, es igualmente importante entender que así mismo lo son la independencia legislativa y ejecutiva. La política estadounidense, por diseño y en la práctica, se produce dentro de un sistema de mutua interdependencia institucional. Los pesos y contrapesos aseguran que ninguna institución, ni el Congreso ni el ejecutivo ni el judicial, poseen autoridad completa y unilateral para hacer políticas públicas. Los límites a la independencia judicial son la norma en la democracia estadounidense. No obstante, también es norma la estructura desjerarquizada de tales instituciones. El Congreso no es superior al presidente, el presidente no es superior al judicial, ni el judicial es superior a ambos. En otras palabras, la legitimidad o la validez presunta de una decisión institucional no depende de la proximidad o la distancia entre la institución y el pueblo. Cada rama del poder tiene el derecho y el poder de verificar y, por tanto, de contribuir a la deliberación y al desarrollo de políticas públicas.

Cuando hay una congruencia ideológica sustancial entre las ramas del poder, el debate y el proceso de toma de decisiones de políticas públicas se desarrolla

armónicamente; pero cuando hay una divergencia ideológica sustancial entre las ramas del poder, tomar políticas públicas puede ser intrincado. Esto es tanto lógico como deseable. Cuando existe un consenso fuerte, las relaciones entre las ramas son y deben ser más armónicas, debido que los órganos estatales se encuentran unidos alrededor de la búsqueda de un consenso más amplio en torno a las políticas públicas. No obstante, cuando el pueblo está profundamente dividido el conflicto y los choques entre las ramas es probable y además útil. El proceso puede ser desagradable y puede incluir ataques políticos bajos, pero tales conflictos producen un diálogo que nos acerca a la resolución consensual de espinosos asuntos públicos.

Por ejemplo, Whittington afirma que tienen valor los asaltos ocasionales al judicial por parte de presidentes reformadores. Anota que los cinco presidentes re-constructivos –Jefferson, Jackson, Lincoln, Roosevelt y Reagan– “se ocuparon de reformular las bases del ordenamiento constitucional estadounidense” (Whittington, 2001: 274-275). La fuerte oposición judicial los condujo a “denunciar” y “desacreditar” a la Corte, usándola como “una importante contrapartida para desarrollar sus propias visiones constitucionales, y para cimentar un apoyo político para sí mismos y para su agenda” (275). En tanto el resultado final es el debilitamiento de la independencia judicial, “el constitucionalismo como tal no se ve amenazado. El régimen constitucional resulta vigorizado gracias a un más amplio debate político sobre su contenido y su futuro” (275). En otras palabras, “la supremacía judicial no ha cedido cuando más la necesitábamos, sino al revés” (291).

Los fuertes ataques a la independencia judicial ocurren esporádicamente y por buenas razones. Son las expresiones típicas de un profundo conflicto al interior del sistema político acerca de qué valores y políticas públicas deben primar. En la medida en que sobrevenga un diálogo político productivo y se alcance un consenso, tales ataques pueden servir a propósitos públicos más amplios. Durante tales periodos el judicial no deja de contar con sus aliados en la academia y en el ejercicio del derecho, a los que puede enfilarse a su lado. En cualquier caso el judicial es alineado en el consenso que finalmente emerge, por lo que la crisis pasa. No obstante, la resistencia judicial cumple con una valiosa función. Ayuda a asegurar que el antiguo consenso se rechazará de forma definitiva, y uno nuevo será acogido cuidadosa y consensualmente. Por supuesto, la resistencia ejecutiva y judicial contribuye con esto en la misma medida. Nuestro sistema de interdependencias institucionales mutuas asegura que ninguna rama del poder puede mover por sí sola los valores constitucionales o de políticas públicas en una nueva dirección. Por el contrario, la toma de políticas públicas consiste en un proceso dinámico de aquiescencia entre las ramas del poder, de diálogo y, en ciertos momentos, de intenso conflicto. Afortunadamente la Corte no está por encima ni ha sido ajena a este proceso inherentemente político.

CONCLUSIÓN

Las discusiones normativas sobre la independencia judicial han ignorado por mucho tiempo las conclusiones a las que han llegado las investigaciones en ciencias sociales. Esto, de manera poco sorprendente, produce intentos de reforma infructuosos, reformas ineficaces y reformadores frustrados. Otro resultado poco sorprendente es la paralización intelectual y el llamado realizado por algunos académicos a abandonar la independencia judicial como empresa académica.

Acoger normativamente los hechos sociocientíficos sobre las cortes aquí recogidos no implica una tarea tan terrible o espantosa. No debemos inquietarnos por los hechos básicos acerca de la independencia judicial: que es limitada y condicionada políticamente, que aparentemente no promueve los derechos humanos, y que por lo menos en las altas cortes que cuentan con mayor libertad, se usa para impulsar las preferencias ideológicas de los jueces. Estos hechos no son problemáticos. La independencia judicial que es políticamente contingente y que es usada con fines ideológicos, asegura el rendimiento de cuentas político, expande la representación de grupos de interés, y contribuye a fomentar gobernabilidades democráticas estables. Es además consecuente con el sistema de interdependencias y constreñimientos mutuos que intencional y sabiamente crearon los padres de la Constitución. La independencia judicial es, de hecho, un concepto desencaminado. El desarrollo de las políticas públicas ocurre en un sistema dinámico de constreñimientos políticos mutuos a los que están sujetos todas las instituciones, de las cuales la rama judicial no es una excepción.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARRO, Robert (2000), "Democracy and the Rule of Law," en *Governing for Prosperity*, B. Bueno de Mesquita and H. Root (eds.), New Haven, CT, Yale University Press.
- BAUM, Lawrence (2001), *The Supreme Court*, 7th ed., Washington, DC, Congressional Quarterly Press.
- (1997), *The Puzzle of Judicial Behavior*, Michigan, University of Michigan Press.
- BICKEL, Alexander M. (1962), *The Least Dangerous Branch*, Indianapolis, Bobbs-Merrill.
- BRICKMAN, Danette (2000), "Judicial Independence and the Protection of Civil Liberties: A Cross-national Empirical Analysis". Documento presentado en Annual Meeting of the American Political Science Association, Washington, D.C.
- BURBANK, Stephen B. (1999), "The Architecture of Judicial Independence", en *Southern California Law Review* 72:315-51.
- y Barry FRIEDMAN (eds.) (2002), *Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach*, Thousand Oaks, CA, Sage Publications.
- (2002), "Reconsidering Judicial Independence," en *Judicial Independence at the Crossroads*, en Stephen B. Burbank and Barry Friedman (eds.), Thousand Oaks, CA, Sage Publications.

- (2002), "Introduction," en *Judicial Independence at the Crossroads*, Stephen B. Burbank and Barry Friedman (eds.), Thousand Oaks, CA, Sage Publications.
- CAMERON, Charles M. (2002), "Judicial Independence: How Can You Tell It When You See It? And, Who Cares?," en *Judicial Independence at the Crossroads*, Stephen B. Burbank and Barry Friedman (eds.), Thousand Oaks, CA, Sage Publications.
- CAPPELLETTI, M. (1971), *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis, Bobbs-Merrill.
- CAPLAN, Lincoln (1987), *The Tenth Justice*, New York, Knopf.
- CLAYTON, Cornell W. y Howard GILLMAN (ed.) (1999), *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches*, Chicago, University of Chicago Press.
- EPSTEIN, Lee y Jack KNIGHT (1998), *The Choices Justices Make*, Washington, D.C., Congressional Quarterly Press.
- , Jeffrey A. SEGAL, Harold J. SPAETH y Thomas G. WALKER (1994), *The Supreme Court Compendium*, Washington, D.C., Congressional Quarterly Press.
- y Thomas WALKER (1995), "The Role of the Supreme Court in American Society: playing the Reconstruction Game," en Lee Epstein (ed.), *Contemplating Courts*, Washington, D.C.; Congressional Quarterly Press.
- ESKRIDGE, William (1991), "Reneging on History? Playing the Court/Congress/President Civil Rights Game," en *California Law Review* 79:613-84.
- EWALD, Alec C. (2002), "Getting Ready for Garza? Judge Emilio Garza, Civil Liberties and the Politics of Judicial", en *Law and Courts* 12:11-21.
- FEIN, Bruce y Burt NEUBORNE (2000), "Why Should We Care About Independent and Accountable Judges?," en *Judicature* 84:58-63.
- FEREJOHN, John (1999), "Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence," en *Southern California Law Review* 72:353-84.
- FINN, John E. (2001), "The Civic Constitution: Some Preliminaries," en *Constitutional Politics*, Sotirios A. Barber and Robert P. George (eds.), Princeton, NJ, Princeton University Press.
- FIORINA, Morris y Paul PETERSON (2002), *The New American Democracy*, 2nd ed. (election update), New York, Longman.
- FRIEDMAN, Barry (2001), "The Counter-Majoritarian Problem and the Pathology of Constitutional Scholarship", en *Northwestern University Law Review* 95:933-54.
- FRANKLIN, Charles H. (2002), "Behavioral Factors Affecting Judicial Independence," en *Judicial Independence at the Crossroads*, Stephen B. Burbank and Barry Friedman (eds.), Thousand Oaks, CA, Sage Publications.
- GELY, Rafael y Pablo SPILLER (1990), "A Rational Choice Theory of the Supreme Court with Applications to the *State Farm* and *Grove City* Cases", en *Journal of Law, Economics, and Organizations* 6:263-300.

- GEYH, Charles Gardner (2002), "Customary Independence", en *Judicial Independence at the Crossroads*, Stephen B. Burbank and Barry Friedman (eds.), Thousand Oaks, CA, Sage Publications.
- CAMP, Keith (2002), "Judicial Independence and Human Rights Protection Around the World", en *85 Judicature* 195: 195-96.
- KORNHAUSER, Lewis A. (2002), "Is Judicial Independence a Useful Concept?", en *Judicial Independence at the Crossroads*, Stephen B. Burbank and Barry Friedman (eds.), Thousand Oaks, CA, Sage Publications.
- LANDES, W. y Richard POSNER (1975), "The Independent Judicial, in an interest group perspective", en *Journal of Law and Economics*.
- MALTZMAN, Forrest, James SPRIGGS y Paul WAHLBECK (2000), *Creating Law on the Supreme Court: The Collegial Game*, New York, Cambridge University Press.
- MARSHALL, Thomas R. (1989), *Public Opinion and the Supreme Court*, Boston, Unwin Hyman.
- y Joseph IGNANI (1994), "The Supreme Court and Public Support for Rights Claims", en *Judicature* 78:146-51.
- MISHLER, William y Reginald SHEEHAN (1993), "The Supreme Court as a Countermajoritarian Institution? The Impact of Public Opinion on Supreme Court Decisions", en *American Political Science Review* 87:87-101.
- MURPHY, Walter F. (2001), "Alternative Political Systems", en *Constitutional Politics: Essays on Constitution Making, Maintenance, and Change*, Sotirios A. Barber and Robert P. George (eds.), Princeton, NJ, Princeton University Press.
- (1964), *Elements of Judicial Strategy*, Chicago, IL, University of Chicago Press.
- NEUBAUER, David W. (1997), *Judicial Process: Law, Courts, and Politics in the United States*, 2nd ed., Fort Worth, Harcourt Brace.
- O'CONNOR, Karen y Barbara PALMER (2001), "The Clinton Clones: Ginsburg, Breyer, and the Clinton Legacy", en *Judicature* 84:262-73.
- PACELLER, Richard y Bryan MARSHALL (2001), "Strategic or Sincere? The Supreme Court in Constitutional Decisions," documento presentado en el Annual Meeting of the American Political Science Association, San Francisco.
- PERETTI, Terri Jennings (1999), *In Defense of a Political Court*, Princeton, NJ, Princeton University Press.
- ROSENBERG, Gerald N. (1991), *The Hollow Hope*, Chicago, University of Chicago Press.
- (1992), "Judicial Independence and the Reality of Political Power", en *Review of Politics* 54: 369-98.
- (2001), "Thinking About Judicial Independence," documento presentado en la conferencia convocada por la American Judicature Society and the Brennan Center for Justice, University of Pennsylvania, Philadelphia.

- RUBIN, Edward (2002), "Independence as a Governance Mechanism", en Stephen B. Burbank and Barry Friedman (eds.), *Judicial Independence at the Crossroads*, Thousand Oaks, CA, Sage Publications.
- SALZBERGER, E. y P. FENN (1999), "Judicial Independence: Some Evidence from the English Court of Appeals", en *Journal of Law and Economics* 42: 831-47.
- SEGAL, Jeffrey A. (1991), "Courts, Executives, and Legislatures", en John B. Gates and Charles A. Johnson (eds.), *The American Courts: A Critical Assessment*, Washington, D.C., Congressional Quarterly Press.
- (1990), "Supreme Court Support for the Solicitor General: The Effect of Presidential Appointments," en *Western Political Quarterly* 43: 137-52.
- y Albert D. COVER (1989), "Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices", en *American Political Science Review* 83:557-65.
- y Harold J. SPAETH (1993), *The Supreme Court and the Attitudinal Model*, New York, Cambridge University Press.
- , Lee EPSTEIN, Charles CAMERON y Harold J. SPAETH (1995), "Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices Revisited", en *Journal of Politics* 57: 812-23.
- STEPHENSON, Matthew C. (2001), "When the Devil Turns ¼: The Political Foundations of Independent Judicial Review," documento presentado en el Annual Meeting of the American Political Science Association, San Francisco.
- STIMSON, James A., Michael B. MACKUEN y Robert S. ERIKSON (1995), "Dynamic Representation", en *American Political Science Review* 89: 543-65.
- WHITE, Penny J. (1996), "It's a Wonderful Life, or is It? America Without Judicial Independence", en *University of Memphis Law Review* 27:1-12.
- WHITTINGTON, Keith E. (2001), "The Political Foundations of Judicial Supremacy," en Sotirios A. Barber and Robert P. George (eds.), *Constitutional Politics*, Princeton, NJ, Princeton University Press.
- YAMANISHI, D. S. (2000), "Rule of Law, Property Rights, and Human Rights: An Empirical Study of the Effects (and Non-effects) of Legal Institutions," documento presentado en el Annual Meeting of the American Political Science Association, Washington, D.C.