

Independencia judicial: el concepto

El grado adecuado de independencia*

1

Owen M. Fiss**

INTRODUCCIÓN

En las discusiones sobre la transición de las dictaduras a las democracias en los años ochenta en América Latina, es corriente establecer dos postulados. Primero, que el poder judicial va a tener un rol importante en los nuevos regímenes democráticos y, segundo, que deberán realizarse todos los esfuerzos por asegurar su independencia. Ambos postulados se pueden aceptar sin mayor reflexión; no obstante, el concepto de independencia judicial es mucho más complejo de lo que inicialmente parece.

El término “independencia” es generalmente utilizado para caracterizar la relación de la judicatura con otras instituciones u organismos públicos.¹ Un juez in-

* Versión publicada en la revista *Derecho y Humanidades* No. 5 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago (1997), a cuya dirección agradecemos los permisos otorgados para su publicación. Este trabajo fue escrito en 1993, y publicado en inglés en la revista *Inter-American Law Review*, No. 1, vol. 25, otoño de 1993, Universidad de Miami. Fue traducido por Rodrigo Correa, abogado de la Universidad de Chile y máster en Derecho, Universidad de Yale. (N. del E.)

* * Sterling Professor of Law, Universidad de Yale.

¹ La independencia es un atributo esencial del buen juzgamiento, pero no es el único, y nada se gana colocándola por sobre todas las virtudes judiciales. Yo discrepo de la extensión del concepto de independencia judicial que hace el profesor Kahn (1993), al incluir la “independencia de la ideología”. Los jueces pueden ser independientes, pero fallan al desatender sus deberes más elementales porque no entienden los tópicos que tienen ante ellos, carecen de coraje o son capturados por una filosofía desgastada y anticuada.

dependiente es aquel que no está bajo la influencia o control de nadie. Sin embargo, surge un elemento de ambigüedad debido a la existencia de distintos tipos de instituciones u organismos públicos de los cuales el juez debería ser independiente. Se supone que los jueces deben ser independientes, pero ¿de quién?

Una noción de independencia –que llamaremos “desvinculación de las partes”– requiere que el juez sea independiente de las partes en litigio, ya sea sin estar relacionado con ellas, o bien sin estar de ninguna forma bajo su control o influencia. Este aspecto de la independencia está basado en la idea de imparcialidad y es incuestionable en su exigencia: mientras mayor sea la desvinculación entre el juez y las partes, mejor. El soborno es, por supuesto, el ejemplo extremo de una violación a esta exigencia. Sin embargo, una vinculación menos evidente a una de las partes, como un lazo cultural que pudiera causar que el juez se identificara con una parte más que con la otra, también puede considerarse como una transgresión a la “desvinculación de las partes”.

Otra forma de independencia –la “autonomía individual”– concierne a las relaciones entre colegas o al poder de un juez sobre otro. En los sistemas de derecho común o *Common Law*, los jueces sienten la presión de otros jueces a través de la doctrina del *stare decisis* o precedente. Tanto en los países de derecho continental como en los de derecho común, el control colegial puede ser ejercido sobre los jueces de menor jerarquía a través de los procedimientos ordinarios de apelación. Estas formas tradicionales de control colegiado no amenazan la independencia que legítimamente pertenece a un juez. Pero otras formas burocráticas de control, como la instituida en Estados Unidos con la Ley de Reforma de Consejos Judiciales de 1980,² puede amenazar la independencia de un juez o, más específicamente, la exigencia de autonomía frente a un control burocrático. Dicha ley permite a un grupo de jueces, actuando a través de una organización y no mediante los procedimientos normales de apelación, revisar el trabajo de un juez en particular y aplicarle medidas disciplinarias. La Ley de 1980 entrega poder al Consejo Judicial de las cortes del circuito para investigar quejas contra los jueces y aplicarles ciertas sanciones.³

Estos controles burocráticos son comunes en los países de derecho continental, donde la judicatura es profesionalizada, pero su introducción en Estados Uni-

² Ley de reforma de los consejos judiciales y de conducta e inhabilidad judicial de 1980, párrafo 3, 28 U.S.C. párrafo 372 8 (6) (B) (1989).

³ La sección 3 de la Ley consagra un listado parcial de sanciones apropiadas: 1) declaración de inhabilidad de un juez; 2) solicitud de retiro voluntario de un juez; 3) orden de que temporalmente nuevos casos sean asignados a un juez; 4) amonestación pública o privada a un juez. Id. párrafo 372 8 (6) (B). Adicionalmente, el Consejo Judicial puede remitir una acusación a la Conferencia Judicial de Estados Unidos, la cual puede, si determina que la acusación debe ser garantizada, remitir el asunto a la Cámara de Representantes. Id. párrafo 372 8 (7). Véase en general, Fiss (1983).

dos ha alarmado a algunos que temen una potencial arremetida contra las tradiciones americanas, las cuales aseguran a cada juez cierta autonomía individual (Baker, 1985). Esta tradición es nutrida por vastas normas culturales y por nuestra ideología individualista. También se apoya en la práctica, más prevalente en las cortes federales, de reclutar jueces lateralmente. Alguien que pasa a ser juez después de una larga y exitosa carrera profesional o política, esperará una mayor autonomía individual que quien se mueve dentro de los rangos de un cuerpo profesional. Sin embargo, en Estados Unidos la desconfianza en dicho control burocrático no está determinada completamente por la cultura y puede tener una base más teórica.

El poder de los jueces está limitado por el proceso a través del cual ejercen el poder, por la necesidad de escuchar todos los puntos relevantes y por tener que justificar su decisión en orden a publicar razones aceptables (Fiss, 1979). Estos límites se respetan cuando los jueces de las cortes de jerarquía superior supervisan a otros jueces a través del procedimiento ordinario de apelación, pero no cuando actúan burocráticamente, por ejemplo, a través de los consejos judiciales. En este caso, los jueces de las cortes superiores actúan como administradores, no como jueces. Por supuesto, algunas formas de mala conducta –sobornos por ejemplo– no pueden ser juzgadas con el procedimiento ordinario de apelación, pero para estos casos deberían existir procedimientos de acusación constitucional y de remoción de cargos. Estos procesos están más bajo la esfera del legislador que de los jueces, de modo que no se llama a éstos a actuar de manera inconsistente con los límites de su poder.

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

Mientras la insularidad política puede ser vista como uno de los fundamentos de la autoridad judicial, también es cierto que su grado de independencia, a diferencia de la imparcialidad, no es implacable en su demanda. Aspiramos sólo a una cantidad limitada de insularidad. De hecho, nuestra investigación para insularizar la judicatura del control político está calificada por dos tipos de límites, y el principal propósito aquí es identificar esos límites. Uno se origina en nuestros compromisos

democráticos con la regla de la mayoría. La insularidad puede ser necesaria para impartir justicia, pero liberar a la judicatura del control popular puede interferir en los valores democráticos. Por esta razón, la insularidad política de los jueces en un ordenamiento democrático no es y no debería ser completa.

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

LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN ESTADOS UNIDOS

Las cortes estatales y locales son elementos esenciales del sistema judicial estadounidense, pero las cortes federales constituyen la unidad más celebrada de este sistema. Son consideradas como la concreción más acabada del ideal de independencia judicial. Nos jactamos de la insularidad política de las cortes federales y señalamos el artículo III de la Constitución, que consagra la titularidad vitalicia y la protección contra la disminución de sueldo, como el garante esencial de la independencia.⁴ En el mismo espíritu, explicamos cómo el trabajo de la judicatura federal está protegido contra fáciles revisiones de los órganos políticos. La interpretación que la Corte Suprema hace de la Constitución sólo puede ser revisada por el molesto proceso de enmienda, que requiere mayorías especiales en cada cámara del Congreso y la aprobación de tres cuartos de los estados.⁵

⁴ El artículo III señala en la parte respectiva: "Los Jueces, tanto de la Corte Suprema como de las Cortes inferiores, mantendrán sus cargos mientras guarden buen comportamiento y recibirán, en determinados momentos, una compensación por sus servicios, la cual no puede ser disminuida durante el ejercicio de sus cargos". Constitución de Estados Unidos, artículo III, párrafo 1.

⁵ El artículo V señala en la parte correspondiente: "El Congreso, cuando las dos terceras partes de ambas Cámaras lo estimen necesario, podrá proponer enmiendas a esta Constitución o, en aplicación de la Legislatura de los dos tercios de los diferentes Estados, deberá llamar a Convención para proponer enmiendas, las cuales en cualquier caso, serán válidas en toda su intención y propósito como parte de esta Constitución cuando sean ratificadas por la Legislatura de tres cuartos de los diferentes Estados o por Convenciones en tres cuartos de ellos, según sea la forma de ratificación que el Congreso haya propuesto...". Constitución de Estados Unidos, artículo V.

Algunas de estas garantías constitucionales de independencia han sido reforzadas por la evolución de las interpretaciones culturales extensivas que han profundizado la insularidad de la judicatura respecto del control político. Un caso pertinente es el poder de acusar constitucionalmente. La Constitución reviste de este poder al Congreso, pero no especifica los fundamentos de la acusación. El artículo III habla sólo en términos generales, señalando que los jueces: “mantendrán sus oficios mientras guarden buen comportamiento”. Otra disposición permite acusar constitucionalmente a todos los oficiales civiles de Estados Unidos por “crímenes y delitos graves”.⁶ En los primeros tiempos de la nación, el poder de acusar constitucionalmente era de hecho usado para expresar un fuerte desacuerdo con las decisiones judiciales (Rehnquist, 1992:52-53, 58-60 y Berger, 1973: 224-51). Sin embargo, ningún juez ha sido removido por esta razón y, con la excepción de un ataque al juez Douglas a fines de los años sesenta por el entonces diputado Gerarld Ford, se ha desarrollado un acuerdo tácito según el cual un juez puede ser acusado constitucionalmente y removido sólo por la violación de los deberes más elementales de su oficio, como corrupción o sentencia condenatoria por haber cometido un crimen, y no porque el legislativo esté en desacuerdo con el juez en el fondo de alguna decisión.⁷

Esta imagen mítica de la independencia política de la judicatura federal es a menudo sostenida en relación con algunas de las instancias más dramáticas en las que la Corte Suprema desafió al ejecutivo o al legislativo, como cuando la Corte requirió al presidente Nixon entregar las cintas secretas de sus conversaciones;⁸ o cuando

⁶ El artículo II, sección 4, señala: “El Presidente, Vicepresidente y todo funcionario civil de los EE.UU., será removido de su cargo por acusación constitucional y por ser condenado por traición, cohecho u otros crímenes y delitos graves”. Constitución de Estados Unidos.

⁷ En los últimos años jueces federales han sido acusados por fraude tributario, cohecho y perjurio. Hutchison, Mark, A., “Maintaining Public Confidence in the Integrity of the judiciary”: State Bar of Nevada y Claiborne, 1989 B.Y.U.L. Rev. 283, 283-84; véase también “Impeachment Trial Committee on the Articles Against Judge Alcee L. Hastings”. “Proceedings of the U.S. Senate in the Impeachment Trial of Alcee L. Hastings. A. Judge of the United States District Court for the Southern Distret of Florida”. S. Doc. No.18, 101St Cong., 1st Sess, (1989); S. Rep. No.164. 101st Cong., 1st Sess 4 (1989) (respecto de la acusación constitucional del juez Walter L. Nixon Jr. de Mississippi). La Corte Suprema rechazó últimamente la defensa del juez Nixon en el procedimiento usado en su acusación. Nixon v. United States, 113 S. Ct. 732 (1993) (sostiene que sólo el Senado tiene la facultad para elegir los procedimientos acusatorios, por tanto la impugnación del juez Nixon a dichos procedimientos fue injustificada). Siguiendo la línea de esta decisión, una argumentación similar del juez Hastings, otro juez federal acusado, fue también rechazada. Hastings v. United States 837 F. Supp. 3 (D.D.C. 1993).

⁸ United States v. Nixon, 418 U.S. 683 (1974).

declaró ilegal la requisición de los molinos de acero de la nación decretada por el presidente Truman durante la guerra de Corea;⁹ o cuando ordenó al Congreso que le diera un escaño a Adam Clayton Powell, quien recientemente había sido reelegido.¹⁰ Sin embargo, la verdad es más compleja de lo que puede expresar esta narración unilateral de momentos victoriosos. Mientras la Constitución crea un cierto grado de insularidad política para la judicatura federal, otros factores –algunos también arraigados en la Constitución– colocan a la judicatura bajo la influencia del Congreso o del ejecutivo.

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

Las necesidades financieras también pueden aumentar la vulnerabilidad política de la judicatura. La garantía contra la disminución de salarios es un baluarte importante frente al control político. Sin embargo, es una garantía relativa, ya que deja a los jueces sujetos a presiones inflacionarias: una decisión del presidente o del Congreso destinada a que los salarios judiciales se mantengan constantes durante un proceso inflacionario ascendente, puede actuar como una severa sanción.¹¹ Conscientes del control que el Congreso y el ejecutivo tienen sobre sus salarios, los jueces pueden sentirse motivados a ajustar las acciones de determinada manera, para ganarse la buena disposición de estos órganos, a fin de mantener el poder adquisitivo de sus remu-

⁹ Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer, 343 U.S. 579 (1952).

¹⁰ Powell v. McCormack, 395 U.S. 486 (1969).

¹¹ Véase Atkins v. United States, 556 F.2d 1028 (Ct. Cl. 1977), cert. denied. 434 U.S. 1009 (1978) (sostiene que el Congreso no ha violado la Cláusula de Compensación del art. III al decidir aumentar los salarios judiciales en un porcentaje equivalente a la tasa de inflación). Pero véase United States v. Will, 449 U.S. 200 (1980) (encuentra que el Congreso ha violado el art. III al aprobar una legislación que rechaza un incremento salarial que se había llevado a efecto “disminuyendo” la compensación de los jueces federales).

neraciones. La dependencia judicial de los sueldos incidentales de funcionarios públicos como secretarios, ayudantes y conductores, puede tener un efecto parecido, porque también éstos están bajo el control del Congreso y del presidente.

Además de su poder sobre las remuneraciones, el Congreso y el presidente pueden intentar ejercer también su poder sobre la judicatura revirtiendo las decisiones judiciales. Si bien es cierto que una norma constitucional no puede ser alterada por una simple modificación legislativa, el Congreso, con la ocurrencia del presidente, puede revocar por simple mayoría la interpretación judicial de una ley (Eskridge, 1991). Aún más, el Congreso tiene un considerable poder sobre la competencia de los tribunales federales, especialmente sobre los inferiores. En el pasado, decisiones judiciales polémicas han llevado a proponer que, como forma de contener al poder judicial, se reduzca la competencia de las cortes federales sobre determinadas materias sustantivas.¹² Pocas medidas como ésta han sido llevadas a efecto, pero su amenaza y planes concretos para su ejecución recuerdan a la judicatura los límites de su poder.

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

Por las razones anteriores, la judicatura federal se encuentra a menudo restringida por las otras ramas del gobierno y, por tanto, está menos aislada de la política de lo que comúnmente se sostiene. Por supuesto, se debe ser cuidadoso de no exagerar el grado de independencia. Por ejemplo, si al entregar el poder de designación de los

¹² Por ejemplo, véase la Ley Norris-La Guardia, 29 U.S.C., párrafos 101-115 (1989), estatuto federal que restringe la emisión, por parte de las cortes federales, de órdenes por escrito para realizar o no determinada actuación en todo conflicto laboral. En la primera parte de los años ochenta se introdujo legislación para limitar la jurisdicción de las cortes federales inferiores consagrando leyes anti abortivas en forma clara y firme. Véase, por ejemplo, S. 158, 97th Cong., 1st Sess (1981); H. R. 3225, 97th Cong., 1st Sess. (1981); H. R. 900, 97th Cong., 1st Sess. (1981). También se introdujo legislación para limitar el poder de las cortes federales en la regulación del transporte escolar. Véase, por ejemplo, S. 1147, 97th Cong., 1st Sess (1981); S. 1005 97th Cong. 1st Sess (1981); H. R. 3332 97th Cong., 1st Sess (1981); H. R. 1180, 97th Cong., 1st Sess, (1981). Para una discusión general sobre los intentos del Congreso para limitar la jurisdicción federal, véase Lawrence G. Sager, "The Supreme Court. 1980 Term-Forework: Constitutional Limitations on Congress", *Authority to Regulate the Jurisdiction of the Federal Courts*. Véase Fiss, *supra* nota 5.

jueces al presidente se introduce necesariamente un elemento político, las diferentes condiciones de sus oficios –el presidente ejerce el mando por cuatro años o posiblemente ocho si es reelegido, mientras que el juez federal tiene posesión de por vida de su cargo– tienden a atenuar el lazo entre ambos. En el pasado, los jueces de la Corte Suprema se vieron como asesores del presidente, pero después de haber sido criticada cada vez más, esta práctica ha disminuido.

Además, un acuerdo informal –la larga resistencia contra el aumento de jueces por parte del presidente Roosevelt– limita el proceso por el cual se aumenta el número de jueces, y así también limita la influencia del presidente en la composición del poder judicial. Frustrado por una serie de decisiones de la Corte Suprema que invalidaron diversas medidas del New Deal, el presidente Roosevelt buscó explotar una laguna en la Constitución, la cual no especifica el número de jueces. Así, propuso crear nuevos cargos, uno por cada juez mayor de setenta años (Rehnquist, 1987: 219-234 y Leuchtenburg, 1996).¹³ Esta propuesta causó gran hostilidad dentro del Congreso y entre los abogados, quienes forzaron su retiro. Aún más importante que lo anterior, dicha propuesta dejó un acuerdo tácito de que no se puede aumentar el número de jueces sólo para mejorar la oportunidad del presidente de hacer designaciones y moldear la Corte.

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

Inicialmente, la naturaleza calificada de nuestro compromiso con la insularidad política puede parecer desconcertante, puesto que se ha reconocido como uno de los fundamentos de la autoridad del poder judicial. Pero parece ser menos desconcertante si pensamos en una judicatura dentro de un marco democrático y así nos damos cuenta de que un poder judicial independiente puede interferir en los procesos demo-

¹³ Las interferencias del ejecutivo en la judicatura tuvieron un temprano comienzo en la historia de Estados Unidos. Bajo el presidente Thomas Jefferson la frustración republicana hacia la judicatura federalista llevó a una negativa inicial respecto del nombramiento de ciertos jueces que había hecho el presidente Adams, medidas para repeler la Ley Judicial de 1801 (para lo cual se abolieron los cargos en los cuales estos nuevos jueces habían sido colocados) y la legislación de 1802, lo cual produjo un receso de catorce meses en la Corte Suprema. En 1804, Jefferson hizo acusaciones contra la Corte Suprema de Justicia, y ya en 1808 había expandido el número de miembros de la Corte de cinco a siete, llenando las nuevas vacantes con republicanos.

cráticos. Un poder judicial aislado de las instituciones de gobierno sujetas al control popular –ejecutivo y legislativo– tiene el poder de contener las acciones o decisiones de esas instituciones y así frustrar la voluntad popular.

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

Una tensión fundamental entre democracia e independencia judicial aparece cuando, como comúnmente ocurre, la judicatura va más allá de la protección del proceso electoral o de las libertades políticas y deja sin efecto un acto legislativo o ejecutivo del cual no puede decirse que corrompa o intervenga el proceso representativo. Quienes buscan justificar la independencia judicial y restar importancia a este tipo de conflictos, centran su discusión en la idea de democracia e insisten en que ella no exige una sumisión completa a las demandas del electorado. La democracia se presenta como una teoría de gobierno matizada, que requiere que el Estado dé respuestas no sólo a preferencias sino también a ciertos principios: el Estado democrático debe responder tanto a las demandas del electorado como a ciertos valores trascendentales, tales como la protección de los derechos humanos o de los principios fundamentales incluidos en una constitución. Dentro de este esquema, el poder judicial aparece como el guardián privilegiado de estos principios fundamentales o valores trascendentales, en gran medida porque está aislado del control popular y, generalmente, separado de la política. La independencia permite a la judicatura tener una mirada más amplia.

Interpretaciones como ésta de democracia, que la distinguen de un populismo insistente y la atan a nociones tales como “constitucionalismo” o “*rule of law*”, son comunes hoy en día tanto en Estados Unidos como en el resto del mundo. Ellas motivan gran parte del atractivo que tiene el ideal de insularidad política, puesto que la insularidad mejora la capacidad de una institución para formular juicios objetivos. Pero lo cierto es que estas interpretaciones sólo justifican un compromiso con un grado limitado de independencia. La democracia puede ser una combinación de principios y preferencias, pero la proporción de cada una nunca se especifica. Aún más, aunque la insularidad puede colocar a la judicatura –en comparación con el ejecutivo o el legislativo– en una posición privilegiada para hablar con autoridad en cuestiones de

principio, no hay garantía de que lo que dice será correcto. Una interpretación políticamente neutral no es necesariamente una interpretación correcta (Fiss, 1982: 748-749).

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

LOS CASOS DE CHILE Y ARGENTINA

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

A veces la insularidad política de la judicatura es mayor en las repúblicas latinoamericanas que en Estados Unidos. En Chile, por ejemplo, donde la judicatura es profesionalizada, la Corte Suprema de Justicia juega un importante rol seleccionando jueces inferiores y eligiendo a sus propios sucesores.¹⁴ Allí los jueces crean una pequeña lista de nominados para la Corte Suprema y para la Corte de Apelaciones de la cual el presidente hace una elección. De forma similar, la regla de la Constitución argentina que protege contra la disminución de las remuneraciones, aunque idéntica a la del artículo III de la Constitución estadounidense, ha sido interpretada de forma más amplia. Esta disposición ha sido entendida como protectora contra la disminución de salarios durante periodos inflacionarios sobre la base de la teoría que ella concierne no sólo al ingreso nominal, sino también al real.¹⁵

En otros aspectos, por supuesto, el lazo entre las instituciones políticas y la judicatura ha sido considerablemente más fuerte en algunos países latinoamericanos que en Estados Unidos. Mientras las consultas entre el presidente y la judicatura son

¹⁴ Constitución Política de la República de Chile, artículo 75 (1980) (en adelante Constitución de Chile) (Sigler et al., 1991; Rosenn 1987).

¹⁵ Bonorino Perú v. Estado Nacional, Corte Suprema de Argentina, 15 de noviembre de 1985, 116 E.D. 321 (1985), y decisiones del 4 de diciembre de 1985 y 4 de abril de 1986 (1986-II) J.A. 376, 377. Rosenn supra nota 22, pp. 29-30. Véase id. No. 48 (da cuenta de la disminución del porcentaje del presupuesto nacional argentino dedicado a la judicatura federal).

excepcionales y mal vistas en Estados Unidos, en Argentina resultan comunes. Los presidentes Alfonsín y Menem las hicieron. El acuerdo contra el aumento del número de jueces de la Corte Suprema para disponer de nuevos nombramientos también es menos robusto que en Estados Unidos. En 1990, por ejemplo, el presidente Menem propuso legislar aumentando el número de jueces de cinco a nueve, y en cuanto esa legislación fue aprobada, procedió a llenar las nuevas vacantes con candidatos de su propia elección.¹⁶ Todo esto, en un contexto en que el partido de Menem controlaba el Senado (que debe confirmar las designaciones) y donde la lealtad partidista se daba por hecho. Para agravar las cosas, el presidente Menem fue acusado de haber ofrecido cargos diplomáticos para estimular la renuncia de los jueces designados por su predecesor.

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

La naturaleza relativa de la independencia en relación con el régimen de gobierno puede ser ilustrada por otra referencia a Argentina. En ese país, la dictadura militar tomó el poder en 1976 y gobernó hasta 1983, momento en el cual la junta llamó a elecciones que resultaron en la elección de Raúl Alfonsín, quien entonces restituyó el gobierno constitucional a tal grado que incluso llegó a procesar a la junta de gobierno por violaciones a los derechos humanos (Stozky, 1989: 109-14; Nino, 1991: 2622-23). En el periodo de 1976 a 1983 la junta utilizó instituciones preexistentes para gobernar, incluyendo a los tribunales. Sin embargo, la junta no utilizó esas instituciones de acuerdo con las normas establecidas en la Constitución. En general, la junta no se entrometió en las cortes inferiores, pero designó su propia Corte Suprema (Garro, 1983).

En 1983, cuando vino la transición, los jueces de la Corte Suprema designados por la dictadura ofrecieron sus renuncias, como de hecho era costumbre en Argen-

¹⁶ "Argentina: Controversy Surrounding the Judiciary" (1990), 45 *Int'l Commission Jurists Rev.* 1,4.

tina en circunstancias como ésta.¹⁷ Incluso, de no haber sido tan serviciales, el presidente Alfonsín podría haber demandado su renuncia e intentado acusarlos constitucionalmente. En la práctica puede no haber tenido el poder para hacerlo, pero para nuestros propósitos lo importante es que tenía la autoridad moral para hacerlo: la norma de independencia no lo constreñía. No se podría haber exigido a Alfonsín que respetara a los jueces designados por el régimen anterior, no solo porque dicho régimen fue antidemocrático, sino fundamentalmente porque era otro régimen. La independencia no exige que un régimen acepte los jueces designados por otro.

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

¹⁷ Ibíd. Véase también Rosenn (describe los cambios en la corte, anteriores a 1976, como destituciones) y Garro (1983: 314) (describe dichos cambios como un “saneamiento”).

En 1973, el general Augusto Pinochet tomó el poder del gobierno de Salvador Allende. Desde entonces hasta 1980, Pinochet sostuvo que gobernaba de acuerdo con la Constitución, pero ello era una farsa. Asumió la presidencia por medio de la fuerza, el Congreso fue disuelto, generales fueron puestos a la cabeza de organismos públicos civiles, y aunque los tribunales continuaron sus funciones, el recurso de amparo fue efectivamente suspendido.¹⁸ En 1980, Pinochet propuso una nueva Constitución, que fue aprobada mediante un plebiscito conducido sin un debate libre y abierto. La nueva Constitución revisaba y complementaba radicalmente la Constitución de 1925, introduciendo diversos elementos autoritarios.

La Constitución de 1980 mantenía el sistema presidencial, pero reestructuraba el Congreso y postergaba las elecciones parlamentarias hasta 1989.¹⁹ Antes de esta fecha se llamaría a un plebiscito para determinar si el general permanecería en su cargo por otros ocho años. Si perdía, se realizarían elecciones prontamente para determinar quién lo reemplazaría como presidente (independiente del resultado, Pinochet permanecería como comandante en jefe del ejército hasta 1997). Desde 1983, el reinado del terror disminuyó y el clima político mejoró en Chile. De todos modos pareció un milagro que la oposición venciera a Pinochet en el plebiscito de octubre de 1988 y después se las arreglara para que en las elecciones de diciembre de 1989 resultara electo como presidente Patricio Aylwin y no el candidato de Pinochet (Falcoff, 1989: 311-312). Aylwin es un demócrata cristiano, pero fue apoyado en esa elección por una coalición de unos diecisiete partidos.

El presidente Aylwin asumió el mando en marzo de 1990 empezando un periodo de cuatro años prescrito por la Constitución. El propósito de su gobierno era efectuar una transición tranquila y durable hacia la democracia. Gobernó con una amplia base política, pero siempre de acuerdo con los términos de la Constitución de 1980, aunque ese documento fue adoptado durante un reino del terror, lo que obviamente coloca en tela de juicio su validez. En julio de 1989, el Congreso recientemente elegido enmendó la Constitución para remover sus disposiciones más draconianas, pero el procedimiento de reforma era muy complicado y no hubo más reformas (Ruiz-Tagle, 1989). Los artículos más importantes sólo pueden ser enmendados por los tres quintos de los votos de ambas cámaras,²⁰ y nueve de los cuarenta y siete senadores son

¹⁸ Los procesos militares evitaron una coerción dentro del marco legal. Dichos procesos generalmente involucraban procedimientos sumarios y violaciones del debido proceso. La Corte Suprema de Chile rechazaba los recursos de amparo en terrenos dentro de los cuales el Código de Justicia Militar no permitía intervenir a los tribunales civiles, en casos regulados por leyes marciales.

¹⁹ Constitución de Chile, disposición transitoria No.14, discutida en Sigler et al. (1991: 28-29).

²⁰ *Ibíd.*, artículo 63, p. 55.

designados en vez de elegidos. Como la Constitución de 1980 disponía, dos de los nueve fueron directamente designados por instituciones controladas por él: el Consejo de Seguridad Nacional (que designó cuatro) y la Corte Suprema (que designó tres).²¹

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

Aylwin no sólo asumió en virtud de la Constitución de 1980 y del poder militar que la sostenía, sino que además heredó una Corte Suprema moldeada en gran medida por Pinochet. Cuando el general tomó el poder en 1973 disolvió el Congreso, pero dejó a la Corte Suprema –poco amiga de Allende– en el poder.²² El presidente de la Corte, Enrique Urrutia Manzana, puso la banda presidencial al general y orgullosamente declaró: “dejo el poder judicial en sus manos”. A diferencia de la junta argentina, Pinochet no reemplazó a los jueces individualmente cuando llegó al poder –no había necesidad– y, en general, las resoluciones de la Corte Suprema apoyaron o reforzaron su gobierno. La Constitución de 1980 dejó sin cambios al personal y a la estructura de la Corte Suprema, sólo con una excepción. Mientras el retiro a los setenta y cinco años se había convertido en una exigencia constitucional (previamente era una regulación administrativa pero fue rota durante los años de Pinochet), se hizo una excepción para los ministros en ejercicio.²³ Ellos podrían servir de por vida.

En 1973 la Corte Suprema se componía de doce jueces. Bajo Pinochet la Corte fue ampliada, hasta que en 1988 tenía diecisiete miembros. Entre 1973 y 1988 cinco de los doce asientos originales en la Corte quedaron vacantes y fueron llenados por Pinochet, lo que significó que al tiempo del plebiscito de 1988, diez de los diecisiete ministros habían sido designados por Pinochet. Aún más, inmediatamente después del plebiscito, pero antes de las elecciones de diciembre de 1989, dos ministros anteriores a Pinochet dejaron la Corte (uno murió y otro se retiró). Pinochet ofreció generosas indemnizaciones por retiro a los ministros que permanecían en sus cargos, llamadas

²¹ *Ibíd.*, artículo 45 (reformado) p. 50.

²² Una de las principales justificaciones de la intervención fue la restauración del orden militar. El gobierno de Allende se negaba a hacer cumplir las decisiones de la Corte Suprema que ordenaban la restitución de tierras ilegalmente ocupadas y de empresas ilegalmente intervenidas. (Velasco, 1976: 725-27).

²³ Const. de Chile, disposición transitoria No. 8.

“paracaídas de oro”.²⁴ Seis aceptaron esta oferta –dos de los cuales habían sido designados antes de 1973– y Pinochet también llenó estas vacantes. Esto significó que para el momento en que Aylwin asumió el poder, en marzo de 1990, enfrentó una Corte Suprema que contaba con un total de catorce jueces designados por Pinochet, algunos de los cuales estaban recién designados. De los otros tres, uno fue designado por Allende en 1971, y los otros dos fueron designados a mediados de la década de los sesenta por Eduardo Frei, demócrata cristiano, pero todos ejercieron sus cargos durante la dictadura. Entonces, el nuevo presidente tenía que enfrentar el dilema –sólo hipotético en el caso de Alfonsín en Argentina– de si acaso debía o no respetar la independencia de esos jueces que, o fueron designados por el dictador o lo sirvieron durante su régimen.²⁵ ¿Qué podría hacer Aylwin legítimamente para controlar la Corte?

Para responder a esta pregunta es importante tener en cuenta la compleja y particular situación a la que tuvo que hacer frente Aylwin. Por un lado, su poder derivaba de la Constitución de 1980, por lo que no estaba completamente libre de las restricciones que imponía. Por otro lado, dados los elementos no democráticos de dicha Constitución, las circunstancias bajo las cuales fue adoptada y el repudio de Aylwin hacia las políticas dictatoriales de Pinochet, el gobierno de Aylwin bien podría interpretarse como un quiebre parcial con el régimen predecesor, una relación que podríamos llamar “cambio parcial de régimen”. El Chile de Aylwin, desde este punto de vista,

²⁴ Carta de Rodrigo P. Correa a Owen M. Fiss (oct. 19, 1992) (en archivo del autor).
²⁵ La sensibilidad de la Corte Suprema hacia los límites de su poder salió a la luz en el manejo que hizo de la controversia que envolvió a Carlos Cerda, un ministro de la Corte de Apelaciones admirado por los grupos de derechos humanos en Chile. El conflicto comenzó mediando los años ochenta, antes de que el presidente Aylwin llegara al poder, cuando Cerda llevaba a cabo una investigación por la desaparición en 1976 de trece miembros del Partido Comunista. Las personas acusadas de este crimen alegaron que la investigación estaba cubierta por la ley de amnistía de 1978. La Corte Suprema aceptó esta tesis y ordenó a Cerda abandonar la investigación. Cuando él se negó a hacerlo, la Corte Suprema lo suspendió por dos meses. Esto ocurrió en 1986. En 1990, después del plebiscito que sacó a Pinochet, y después de la elección de Aylwin, Cerda reasumió la investigación y la Corte Suprema respondió reafirmando su anterior orden requiriéndole que desistiera. Cerda suspendió el procedimiento, pero se negó a abandonar totalmente el caso. Entonces, la Corte Suprema emitió una orden requiriendo al presidente para que removiera a Cerda de su cargo. Hubo entonces un inmediato y enorme escándalo público sobre este caso y, siguiendo una petición formal de reconsideración por parte de Cerda, la Corte Suprema echó pie atrás. No obstante, Cerda cerró el caso en agosto de 1990. A pesar de su acatamiento de la orden de la Corte Suprema, este tribunal aplicó a Cerda una sanción disciplinaria en enero de 1991, suspendiéndolo, a medio salario, por dos meses. Para la distintiva concepción de independencia judicial de Cerda, a la cual hemos denominado “autonomía individual”, Véase Ruiz-Tagle (1990: 154-58).

se encuentra en un punto intermedio entre la Argentina de Alfonsín y la Argentina de Menem, entre un agudo quiebre de régimen y un simple cambio de gobierno. En tales situaciones intermedias, soluciones intermedias pueden ser las apropiadas.

Una de dichas posibles soluciones podría ser aumentar el número de jueces de la Corte Suprema, para así permitir al presidente hacer nuevas designaciones. Esta idea fue discutida en los primeros días del gobierno de Aylwin y, aunque su necesidad fue cada vez menos importante a medida que por retiro o por muerte se iban creando nuevas vacantes,²⁶ en 1993 se presentó una propuesta al Congreso para aumentar en cuatro miembros el número de ministros de la Corte Suprema. Dicha propuesta tiene obviamente dos caras: acepta la autoridad de los jueces en ejercicio, pero diluye sus poderes agregando nuevos magistrados. Se debilita así la influencia del pasado, pero no la elimina del todo. Incluso podría alcanzarse una adhesión nominal al principio de insularidad política si el aumento del número de ministros pudiera justificarse en razón de la sobrecarga de trabajo o la necesidad de contar con expertos. No es sorprendente que la propuesta de Aylwin para aumentar el número de ministros de la Corte Suprema fuera unida a otras reformas, incluyendo una que reordenaría la Corte en salas especializadas.

El número de los jueces por parte del presidente Roosevelt fue considerado como un ataque impropio a la independencia de la judicatura y desde entonces en Estados Unidos ha existido una fuerte tradición en su contra. Sin embargo, esta tradición depende de ciertos supuestos relativos a los términos y las condiciones bajo los cuales el poder ha sido adquirido. La posición de Estados frente al aumento de jueces ha sido forjada en el contexto de una democracia continua –doscientos años de un gobierno cambiante, pero generalmente estable– y sólo tiene una aplicabilidad limitada respecto de las democracias en transición. La verdad es que la década de los años treinta fue un periodo turbulento en la historia constitucional de Estados Unidos, pero nadie afirmaría que hubo una transformación en la estructura de gobierno que pudiera caracterizarse como un cambio de régimen, sea total o parcial.²⁷

Lo mismo puede decirse del gobierno de Menem en Argentina, quien debió haber respetado la norma contra el aumento de los jueces. Menem llegó al poder por

²⁶ Una vacante surgió por la muerte de un ministro nombrado por Pinochet poco antes de la elección, y otras cuatro surgieron por retiros. Algunos retiros fueron facilitados por el establecimiento en julio de 1992, de leyes que continuaron el generoso programa de retiro que Pinochet había establecido en 1989. Este sistema se aplicó a los jueces mayores de setenta años y a quienes estaban ejerciendo sus cargos en el momento en que la ley fue aprobada.

²⁷ Bruce Ackerman no mira al New Deal como un régimen de cambio, pero lo describe como un momento decisivo en la historia de Estados Unidos “a través del cual profundos cambios en la opinión popular se ganaron autoridad de reconocimiento constitucional”.

medio de los procedimientos constitucionales, y aunque instituyó una nueva política económica y abandonó –incluso hasta quizá revirtió– la política de derechos humanos del gobierno de Alfonsín, estos cambios estuvieron dentro del marco de la normalidad política. La Argentina de Menem no era una democracia en transición: el Chile de Aylwin era diferente. Aylwin obtuvo el poder a través de un proceso prescrito constitucionalmente, pero quebró con el pasado lo suficiente como para permitirle llevar a cabo alternativas que de otra manera parecerían prohibidas en una democracia continua.

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

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

La Cámara de Diputados dio lugar a la acusación contra cada uno de los tres ministros, con base en los tres capítulos en una votación de 66 votos contra 39 (hubo una abstención).²⁸ Aún así, el Senado decidió por 25 votos contra 20 declarar culpable sólo a Cereceda. Su decisión se basó únicamente en el tercer capítulo de la acusación: el cargo que acusaba a los ministros de demorar arbitrariamente una decisión. La aprobación de la acusación que removió a Cereceda dependía del apoyo de tres senadores de derecha y, obviamente, descansó en el más estrecho y técnico de los cargos. Se debe tener presente que Cereceda era ampliamente rechazado y que además había

²⁸ La Cámara de Diputados también acusó, en tres capítulos, al general auditor del ejército, pero éste no fue removido por el Senado.

intentado cubrir el atraso de la decisión alterando la fecha en los documentos de la Corte. En esencia, el Congreso estaba expresando su gran desaprobación respecto de la decisión de la Corte Suprema, y debido a las exigencias de la política o al simple hecho de que Cereceda era el más antiguo de la sala, el Congreso centró su descontento sobre él. Nadie puede probar con absoluta certeza que ésta fue la base de la decisión del Congreso —semejante prueba no está disponible en el procedimiento de acusación constitucional—, sin embargo se trata de un escenario probable y este solo hecho es una razón para que las personas comprometidas con la independencia judicial se preocupen.

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

Es cierto que el poder de acusar constitucionalmente fue utilizado para un caso particular, y que no hubo un esfuerzo para acusar o remover a todos los jueces que sirvieron bajo el régimen de Pinochet. Los cargos sólo fueron contra tres ministros y sólo uno fue removido. También es cierto que, tal como en el caso del aumento del número de ministros, el presidente no fue enteramente libre para completar los nuevos puestos vacantes con candidatos de su propia elección: tuvo que escoger de la corta lista que le presentó la Corte Suprema. Aún así, la acusación constitucional, a diferencia de la decisión de aumentar el número de ministros, involucra a los órganos políticos en la revisión del fondo de las decisiones de la Corte. Esto da justo en el corazón de los valores que la norma de la insularidad política busca desarrollar: un compromiso con la justicia, no con la política. Sin duda se harán esfuerzos para limitar el uso de la acusación constitucional a los errores más graves de la judicatura, pero todos sabemos cuán fácilmente manipulables son estos límites. Una vez desatado, es probable que este uso del poder de acusar constitucionalmente haga a la judicatura más débil frente a las fuerzas políticas y, por tanto, menos capaz de demandar la medida completa de su autoridad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAKER, Lynn (1985), "Unnecessary and Improper: The Judicial Councils Reforms and Judicial Conduct and Disability Act of 1980", en *Yale Law Journal*, 94.

- BERGER, Raul (1973), *Impeachment: The Constitutional Problems*, New York, Stanley Katz.
- ESKRIDGE, William (1991), "Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions", *Yale L.J.*, 101.
- FALCOFF, Mark (1989), "Modern Chile 1970-1989: A Critical History", transaction Pub.
- FISS, Owen (1979), "The Supreme Court, 1978 Term-Forework: The Forms of Justice", en *Harvard Law Review*, 93.
- (1982), "Objectivity and Interpretation", en *Stan L. Rev.*, 34.
- (1983), "The Bureaucratization of the Judiciary", 92 *Yale L.J.* 1442, 1445.
- FRUHLING, Hugo (1984), "Repressive Policies and Legal Dissents in Authoritarian Regimes: Chile 1973-81", 12 *Int'l J. Soc. L.* 351, 354.
- GARRO, Alejandro (1983), "The Role of the Argentine Judiciary in Controlling Governmental Action Under a State of Siege", en *Hum Rts. J.J.*, 311.
- HASKINS, George L. y Johnson, Herbert A. (1981), *History of the Supreme Court of the United States. Foundations of Power: John Marshall 1801-1815*, Freund, Paul A.
- HUTCHISON, Mark (1989), "Maintaining Public Confidence in the Integrity of the judiciary": State Bar of Nevada y Claiborne en *B.Y.U.L. Rev.*, 283.
- KAHN, Paul W. (1993), "Independence and Responsibility in the Judicial Role", en *Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary*, Stotzky, Irwin P.
- LEUCHTENBURG, William (1996), "The Origins of Franklin D. Roosevelt's Court-Packing Plan", en *Sup. Ct. Review*, 347.
- REHNQUIST, William (1992), *Grand Inquests: The Historic Impeachments of Justice Samuel Chase and President Andrew Johnson*, Morrow, William & Co.
- (1987), *The Supreme Court: How it Was, How it is*, New York, Gryphon Editions (1991).
- ROSENN, Keith S. (1987), "The Protection of Judicial Independence in Latin America", *U. Miami Inter-Am L. Rev.* 19, 1, 19-21.
- RUIZ-TAGLE, Pablo (1989), "Debate público restringido en Chile (1980-1988)", en *Revista Chilena de Derecho* III, 16.
- (1990), "Análisis comparado de la función judicial", *Revista de Estudios Públicos*, 39, 131.
- SIGLER et al. (1991), *Constitution of the Countries of the World: Chile*, A. P. Blaustein y G. H. Flanz (eds.).
- SOTZKY, Irwin (1989), "The Fragile Bloom of Democracy", en *U Miami L. Rev.*, 44.
- NINO, Carlos (1991), "The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put Into Context: The Case of Argentina", en *Yale L.J.*
- VELASCO, Eugenio (1976), "The Allende Regime in Chile: An Historical and Legal Analysis (part 2)", 9 *Loy. L.A. L. Rev.* 711.

De nuevo sobre “independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”*

Josep Aguiló Regla**

2

INTRODUCCIÓN

El presente documento tiene como fin exponer algunas ideas a propósito de dos ideales relativos al rol de juez en el Estado de derecho; tales ideales son la independencia y la imparcialidad. Se trata de dos tópicos (lugares comunes) ampliamente aceptados y recurrentemente utilizados sobre los que, en realidad, resulta difícil decir algo nuevo. Aquí, la única novedad tal vez consista en decir las mismas cosas de siempre aunque desde una perspectiva diferente: la de la teoría de la argumentación jurídica.

Como se verá, esta aproximación no permitirá realizar grandes descubrimientos, pero sí hará posible modificar algunos acentos en la consideración de la independencia y la imparcialidad, y extraer algunas conclusiones que, tal vez por obvias, se olvidan con relativa frecuencia.

* El presente texto es una revisión en profundidad de la conferencia pronunciada en el Seminario de Argumentación Jurídica que tuvo lugar en México D.F. entre los días 23 y 28 de septiembre de 1996, organizado por el Consejo de la Judicatura Federal y el Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), y que bajo el título “Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica” apareció publicada en *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del Derecho*, N° 6, abril de 1997.

** Profesor Universidad de Oviedo
Correo electrónico: Josep.Aguilo@ua.es

EXPLICACIÓN Y JUSTIFICACIÓN

Para desarrollar este análisis conviene, antes que nada, introducir dos distinciones frecuentemente utilizadas en el ámbito de la teoría de la argumentación jurídica y que constituyen fragmentos de la distinción más general entre explicar y justificar. La primera opone lo que se ha llamado el contexto de descubrimiento de una decisión, al contexto de justificación. Y la segunda opone las razones explicativas de una decisión a las razones justificativas. Centrémonos en ellas.

Contexto de descubrimiento de una decisión y contexto de justificación

En la teoría de la ciencia suele distinguirse entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación de una teoría o hallazgo científico. La primera expresión se utiliza para referirse al contexto en el que se desenvuelve la ciencia, esto es, al proceso en el que se descubre algo o se formula una teoría. En el contexto de descubrimiento están particularmente interesadas la historia y la sociología de la ciencia, y en él se pueden incluir y considerar cosas tan heterogéneas como las fuentes de inspiración (Newton y la manzana), el azar o la buena fortuna (Fleming y la penicilina), las peripecias de los investigadores (J. Watson y F. Crick y el modelo de la doble hélice del DNA), las decisiones de política científica (el papel de los presupuestos y los programas de investigación), las decisiones políticas generales (el papel de la guerra en el desarrollo científico), entre otros. Pero lo importante, para quienes aceptan esta distinción, es que no existiría una lógica del descubrimiento. Frente a esta noción, la de contexto de justificación alude al proceso o actividad de validar, justificar, una teoría o descubrimiento científico. A diferencia del caso anterior, sí habría una lógica de la justificación que vendría dada por lo que se conoce como el método científico. Para quienes aceptan la distinción, lo segundo es independiente de lo primero. Por decirlo de manera breve, la famosa manzana de Newton tal vez explicase muchas cosas pero no quitaría ni pondría nada a la validez o no de la teoría de la gravitación universal.

Esta distinción ha sido utilizada en el ámbito de la teoría de la argumentación jurídica. En particular, en el caso de las decisiones judiciales, la transposición se ha hecho para distinguir entre los móviles psicológicos, el contexto social, las circunstancias ideológicas, etc., que puedan haber llevado a un juez a dictar una determinada resolución, por un lado, y por otro, las razones que el juez alega para tratar de mostrar que su decisión es correcta o válida. Mientras que respecto a lo primero cabrían estudios de tipo empírico, lo segundo vendría gobernado por lo que se llama el método jurídico. Del mismo modo, aquí se produciría también una independencia entre unas cuestiones y otras: la corrección de una decisión judicial vendría dada por la corrección de las razones dadas por el juez en su resolución y sería, en este sentido, lógicamente independiente del contexto de descubrimiento en que se ha producido.

Pongamos un ejemplo para mostrar en qué consiste esa independencia entre unas cuestiones y otras. Considérense estas dos afirmaciones: primera, "la tendencia a la benevolencia que exhiben algunos jueces hacia el delito de insumisión es debida a (se explica como consecuencia de) la proximidad social (afinidad de clase, cultural, vecinal, biográfica, etc.) entre jueces e insumisos"; y segunda, "esas mismas 'decisiones benevolentes' están bien fundadas y son conformes a Derecho". La independencia entre ellas se muestra en que en la aceptación y el rechazo de las mismas caben todas las combinaciones posibles.

La distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación de una decisión se ha utilizado para rechazar las críticas que frente al papel de las reglas en la toma de decisiones de los jueces han dirigido algunos escépticos en contra del silogismo judicial. La crítica consistiría en lo siguiente: los jueces presentan sus decisiones como si fueran el resultado de un proceso consistente en primero hallar las premisas relevantes del caso y después la solución que de ellas se sigue; pero el proceso real –dirán los críticos– es el inverso: primero deciden y luego racionalizan esa misma decisión. Es decir, presentan la decisión como si hubiera estado motivada por el derecho. La ridiculización de estas actitudes críticas ha llevado a hablar incluso de "jurisprudencia gastronómica", queriendo poner de manifiesto que la decisión podría llegar a estar motivada por la buena o mala digestión del juez. Pues bien, a la luz de esta distinción, estos críticos se equivocarían porque estarían confundiendo dos cosas distintas e independientes entre sí: el proceso de la decisión (contexto de descubrimiento) y la corrección de la decisión (contexto de justificación).

Un lugar común de la teoría estándar de la argumentación jurídica es que el derecho está interesado en el contexto de justificación de las decisiones y no en el de descubrimiento. Más adelante, si este análisis es correcto, se mostrará que esta afirmación debe ser convenientemente matizada.

Razones explicativas y razones justificativas de una decisión

Otra distinción importante, que coincide sólo parcialmente con la anterior, es la que opone las razones explicativas de una acción a las razones justificativas. Para explicar la diferencia entre unas y otras veamos un ejemplo muy sencillo tomado de Carlos Nino. Considérese el siguiente texto: "La razón por la que Pedro mató a su mujer es que ésta hablaba demasiado; pero 'hablar demasiado' no es razón para matar".

Como se observa, en el texto se dice que "hablar demasiado" es y no es razón para matar. Ante este tipo de situaciones sólo caben dos alternativas: o bien contiene una contradicción o bien la palabra "razón" es ambigua. La primera alternativa puede ser descartada sin más porque parece claro que todos vemos sentido al texto. La segunda supone que la palabra "razón" adquiere un significado diferente en cada uno de sus dos usos: en el primer caso se usa en el sentido de razón explicativa para aludir

a los motivos, los móviles de la conducta de Pedro; y en el segundo, en el sentido de razón justificativa, para referirse a la valoración de la conducta de Pedro. El primer uso presenta la conducta de Pedro como una acción intencional, el segundo la descalifica.

Si se acepta que “decidir” es una acción (cuyo sentido es cerrar un proceso deliberativo) entonces es fácil darse cuenta de que la distinción anterior es perfectamente proyectable sobre las decisiones judiciales. La teoría de la argumentación jurídica ha sido plenamente consciente de ello y, en este sentido, una posición que suele atribuirse a las concepciones estándares de la misma es que los jueces tienen el deber de justificar sus decisiones (mostrarlas como correctas) pero no el de explicarlas (dar cuenta de sus motivos).

En este punto, abramos un breve paréntesis kantiano. Kant consideraba que la conducta moral consistía no en obrar en correspondencia con el deber (esto es, que la conducta se adaptara al contenido del deber), sino en obrar por reverencia al deber (esto es, movido por el deber). Es fácil darse cuenta de que ello quiere decir que, de acuerdo con Kant, en el ámbito de la conducta moral, la razón explicativa –el motivo de la conducta, lo que mueve la conducta– y la razón justificativa –el deber, lo que la justifica– deberían coincidir. Es decir, que respecto de la conducta moral no debería poderse distinguir entre razones explicativas y razones justificativas. Reténgase esta idea, pues será importante para nuestros análisis posteriores.

LA INDEPENDENCIA

La independencia de los jueces es un ideal (una idea regulativa) del Estado de derecho. En general, no es difícil percatarse de que en la cultura jurídica han prevalecido dos concepciones diferentes a la hora de dar cuenta del Estado de derecho, una más mecánica y otra más normativa (si es que puede hablarse así). La primera ha tendido a pensar que la eficacia de los ideales regulativos del Estado de derecho depende (es básicamente una función) del correcto diseño de las instituciones (posiciones de los sujetos, equilibrios de poderes, formas de acción creadas, procedimientos, etc.). La segunda, por el contrario, ha tendido a pensar que la realización de los ideales (la eficacia de los valores y fines) depende de la conducta y de las actitudes de los sujetos relevantes y, en consecuencia, ha tendido a poner énfasis en la transformación de los valores en deberes dirigidos a ciertos sujetos. Obviamente, estas dos concepciones han tenido su reflejo en el análisis de la independencia de los jueces; y, si se repasa la literatura relativa a la independencia, no es difícil encontrar dos posiciones contrapuestas. Por un lado, existen infinidad de textos que se centran en el diseño de la situación institucional del juez, de forma que la independencia viene a ser prácticamente una variable dependiente de factores tales como la inamovilidad, la predeterminación, el autogobierno de los jueces, etc. Por otro, están aquellos textos que interpretan el principio de independencia en términos de un deber de independencia

de los jueces que se traduce en la exigibilidad de ciertas actitudes y conductas, y que no depende sólo ni fundamentalmente del marco institucional en el que el juez desarrolla su función (aunque éste obviamente puede facilitar u obstaculizar el cumplimiento de ese deber de independencia).

Es claro que una buena concepción de la independencia de los jueces no puede prescindir de ninguna de las dos perspectivas. También es claro que la tendencia dominante ha sido la de reducir el principio de independencia a la cuestión del marco institucional adecuado para que los jueces puedan ejercer su independencia. Una buena prueba de esa tendencia a la asimilación es, por ejemplo, la confusión que existe en España entre la independencia de los jueces cuando realizan actos jurisdiccionales y el autogobierno de los jueces (del poder judicial). Pero el autogobierno podrá ser un elemento muy importante del marco institucional adecuado o idóneo para que los jueces puedan ejercer su independencia; sin embargo, lo que es obvio es que los jueces no son independientes sin más por el hecho de que se autogobierren. Lo mismo podría decirse de la inamovilidad y otros tantos elementos del marco institucional que hace posible, facilita o trata de garantizar la independencia. Si no se está atento en procurar evitar la referida reducción, se corre el riesgo de acabar concluyendo cosas tan ridículas como que por el hecho de contar con jueces predeterminados e inamovibles se cuenta ya con jueces independientes. Quede claro pues que una cosa es el principio de independencia y otra el estado de cosas institucional adecuado para facilitar y garantizar la independencia. Una prueba palpable de que las cosas son así es que el principio de independencia rige en Estados que prevén marcos institucionales muy diferentes entre sí, de manera que este principio es compatible con formas muy distintas de reclutamiento y selección de los jueces –desde la elección popular al examen por oposición, pasando por el nombramiento por el poder ejecutivo con confirmación del legislativo–, y su gobierno –desde el autogobierno corporativo al gobierno desde el ejecutivo–, etc.

La referida tendencia a la asimilación entre el principio de independencia y el marco institucional adecuado para ejercer la independencia ha producido un desequilibrio en el análisis de las implicaciones normativas del principio de independencia. Es una cuestión de acento, pero no es insignificante. El énfasis en el marco institucional suele ser el resultado de tomar en consideración fundamentalmente los riesgos que para el Estado de derecho suponen las injerencias de los diferentes poderes sociales (especialmente las del poder político) en la actividad jurisdiccional. Ello, que sin duda es muy relevante, no debe llevar a restar importancia en el análisis normativo del principio de independencia a los que son sus principales destinatarios. Y es claro que éstos no son los gobiernos, los partidos políticos, los sindicatos, ni los grupos de presión, sino los jueces mismos. El principio de independencia tiene que traducirse normativamente también en un deber de independencia de todos y cada uno de los jueces cuando realizan actos jurisdiccionales.

¿En qué consiste ese deber de independencia?

En cumplir el derecho. O dicho en mejores palabras: la independencia es la peculiar forma de cumplimiento que el derecho exige a sus jueces. Pero, como es de sobra conocido, el derecho exige cumplimiento a todos los destinatarios de sus normas. Centrémonos, por tanto, en el análisis de la referida peculiaridad.

La conducta de los ciudadanos se justifica jurídicamente de manera diferente a la de las autoridades jurídicas en general. En el ámbito de sus deberes, un ciudadano queda justificado mostrando que actúa en correspondencia con lo prescrito (adapta su conducta a las normas). Las razones por las que actúa, los móviles, no son en general relevantes siempre que su conducta no sea anómica. Y en el ámbito de sus poderes podría decirse algo parecido. La capacidad jurídica es un poder normativo reconocido a las personas para que puedan perseguir (y alcanzar) sus fines; por ello, en general a los ciudadanos les es suficiente con apelar a la titularidad de los mismos para justificar su uso. Obviamente, la situación de las autoridades jurídicas es diferente. En el ideal del Estado de derecho está la idea del sometimiento de los poderes públicos a la razón, y ello quiere decir, entre otras cosas, que la mera indicación de cuáles son sus poderes junto con la mera manifestación de voluntad de producir efectos normativos no es nunca justificación suficiente. Esto es particularmente claro en el caso de los jueces. En este sentido, podría decirse –extremando un tanto las cosas– que el fallo de una sentencia no tiene presunciones favorables; nadie discute el poder del juez para dictar el fallo, pero hoy en día es casi un lugar común la consideración de que un fallo sin fundamentación es el paradigma de una sentencia arbitraria.

Pero la situación del juez es también diferente a la de otras autoridades jurídicas. Si bien todas ellas están vinculadas al orden jurídico, no todas tienen un deber de independencia. En este sentido, y para aclarar las implicaciones del deber de independencia, conviene explicar, por un lado, la oposición entre la idea de independencia y la de representación y, por otro, la oposición entre la idea de independencia y las de dependencia o sujeción. Para ello recurramos a la clásica distinción entre el “gobierno de las leyes” y “el gobierno de los hombres”.

Independencia y representación

Como es sabido, una de las notas centrales con las que se ha caracterizado al Estado de derecho es la del imperio de la ley. Ello ha llevado en no pocas ocasiones a presentar el Estado de derecho como la culminación del modelo del “gobierno de las leyes” frente al modelo del “gobierno de los hombres”. No nos detendremos a glosar la diferencia entre estos dos modelos, pero sí mostraremos –como muy bien puso de manifiesto Bobbio– que la caracterización del Estado de derecho como gobierno de las leyes requiere distinguir dos cosas diferentes: lo que él llamaba el gobierno *per leges* y el gobierno *sub lege*.

La idea de gobierno *per leges* ha servido para caracterizar a las autoridades políticas y ha tomado como paradigma de las mismas al legislador. Ello implica la idea de que el derecho está al servicio de la política. Es decir, el derecho (las leyes) es el medio del que se sirve la política para alcanzar fines sociales. La idea de imperio de la ley o Estado de derecho implica límites en la consecución de dichos fines sociales: límites de tipo formal (las leyes tienen que ser generales y abstractas, claras, públicas, no retroactivas, etc.) y también límites de tipo material. Lo que quiere decir que en la cultura jurídica dominante los deberes jurídicos de las autoridades políticas en el ejercicio de sus poderes han sido concebidos básicamente como límites.

Frente a ella, la idea de gobierno *sub lege* ha servido para caracterizar a las autoridades aplicadoras del derecho y ha tomado como paradigma de las mismas a las autoridades jurisdiccionales. La idea de gobierno (autoridad) sometido(a) a la ley remite a la idea de una autoridad que no es portadora de más fines que los que la ley (el derecho) le suministra. Por ello, los deberes de los jueces relativos al ejercicio de sus poderes no han sido concebidos por la cultura jurídica centralmente como límites, sino como determinaciones positivas de su conducta.

Si tenemos claros estos dos modelos podemos explicar la oposición entre representación e independencia. Si bien la legitimidad de las actuaciones de las autoridades políticas es el producto de una combinación de juicios de legalidad (tienen límites en la persecución de fines sociales) y de representación (en torno a éstos gira la responsabilidad política). Por ello, aunque la legalidad ha sido siempre un componente importante de su legitimidad, las decisiones jurídicas de las autoridades políticas no se ven jurídicamente afectadas por el hecho de que se interpreten como promotoras de intereses de ciertos grupos sociales, realizadoras de programas políticos, definidoras de nuevos objetivos sociales o promotoras de nuevos valores aún no incorporados al orden jurídico. No en vano una de las funciones que siempre se atribuyó a las autoridades políticas fue la de innovar, modificar, el derecho. Frente a ello, la legitimidad de las acciones de las autoridades jurisdiccionales es el producto de una combinación de legalidad e independencia. De legalidad porque el derecho trata de determinar positivamente su conducta, y de independencia por cuanto en sus decisiones no pueden dedicarse a ninguna de las actividades de representación antes aludidas. Ello quiere decir que el juez no puede ser portador de intereses o fines extraños al derecho.

Este es el sentido en el que una buena concepción de la independencia debe mostrar la oposición entre ésta y la representación; y, de este modo, poder concluir que el deber de independencia trata, entre otras cosas pero muy centralmente, de preservar las decisiones judiciales de las influencias extrañas al derecho provenientes del sistema social. Si ello es así, invirtiendo algo los términos, puede extraerse el siguiente corolario: el deber de independencia de los jueces tiene como correlato el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el derecho y no desde parámetros extrajurídicos provenientes del sistema social. Así, es independiente el juez que aplica el dere-

cho (actúa en correspondencia con el deber) y que lo hace movido por las razones que el derecho le suministra (actúa movido por el deber).

Finalmente, una última cuestión de extraordinaria importancia. Hay una fuerte conexión entre la idea de independencia en el sentido aquí contemplado y la idea de que el derecho ofrece una única respuesta correcta para cada caso. La imagen que el formalismo construyó del derecho como un sistema de normas cerrado (hacia el sistema social), coherente (carente de contradicciones) y pleno (sin lagunas) es obviamente falsa, pero no cabe duda de que resulta coherente con la idea de independencia del juez que aquí se ha dibujado. Del mismo modo, podría decirse que todos aquellos que se han mostrado escépticos frente a la capacidad de las normas para determinar las decisiones judiciales y que han predicado la indeterminación del derecho en sentido fuerte, se han mostrado también escépticos frente a la noción de independencia de los jueces. En este sentido, el gran reto para las concepciones de la independencia de los jueces es el de ser capaces de dar cuenta de las implicaciones de la misma en un contexto en el que no sólo está agotada la imagen formalista del derecho, sino en el que además se han producido transformaciones en nuestros ordenamientos que han llevado a dejar de concebirlos como Estados de derecho (o Estados legales de derecho) para pasar a concebirlos como Estados constitucionales (o Estados constitucionales de derecho). En este contexto, la única vía abierta para dar cuenta de las exigencias normativas derivadas del principio de independencia es la de la argumentación racional y, en este sentido, la respuesta tiene que venir de la teoría de la argumentación jurídica.

Independencia y dependencia o sujeción

Para explicar esta oposición conviene de nuevo echar mano de la oposición entre el gobierno de las leyes y el gobierno de los hombres. El correlato del deber de independencia de los jueces es el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el derecho, las normas y las leyes. Para que ello sea posible el juez debe estar sometido o prestar obediencia exclusivamente al derecho, a las normas. Así, la independencia de los jueces se ha tendido a ver como un estatus o un privilegio; como una posición que hace que el juez que tiene que realizar un acto jurisdiccional no esté sometido a ningún superior, a ningún hombre. Obviamente ello es así y todas las concepciones de la independencia –mecanicistas o no– han resaltado esta característica. Pero, de nuevo, las cuestiones de énfasis son importantes. En efecto, la visión de la independencia como un estatus, pone el acento en la idea de que el juez no está sujeto a ningún superior, es decir, que no tiene el deber de obedecer a ningún hombre. Sin embargo, la interpretación normativa del principio de independencia (la que lo presenta como un deber de independencia) implica algo más. Afirma que el juez tiene el deber de no someterse a ningún hombre; tiene el deber de someterse exclusivamente al derecho, las normas y las leyes.

Dos deformaciones típicas de la independencia

El deber de Independencia, tal como lo estamos perfilando, se traduce en un deber del juez de resolver los casos conforme al derecho y movido por el derecho. Ahora bien, esta idea (que, como se ha dicho, resultaba coherente con la imagen del derecho construida por el formalismo), una vez desvanecido el encantamiento de un orden jurídico perfectamente pleno y coherente, ha dado lugar a dos deformaciones muy comunes de la independencia. Para explicarlas conviene tener claro que la definición de la posición institucional de cualquier autoridad jurídica en el Estado de derecho viene dada por la determinación de cuáles son sus poderes (competencias) y cuáles son sus deberes relativos al ejercicio de esos poderes. En el caso de los jueces ocurre lo mismo. Pues bien, cada una de estas deformaciones es el resultado de ignorar alguno de los dos elementos de la posición institucional del juez: la primera deformación tiende a ignorar la posición de poder que ocupa el juez; la segunda, los deberes relativos al ejercicio de ese poder.

Muchas veces se oye decir que es independiente el juez que actúa desde la propia convicción, es decir, la sinceridad; y tal vez dicha convicción pueda ser bajo ciertas circunstancias condición necesaria para la independencia, pero parece claro que no suficiente. Y ello es así porque la idea de sinceridad hace demasiado subjetiva a la independencia. La sinceridad como exigencia normativa cierra realmente poco el abanico de soluciones posibles. Piénsese, por ejemplo, en la amplia gama de prejuicios que pueden sostenerse sinceramente. La asimilación de la independencia a la sinceridad sólo puede hacerse a costa de ignorar la posición de poder institucional que ocupa el juez; no se otorga poder para que se sea simplemente sincero. Téngase en cuenta que si se realiza esa asimilación, entonces la justificación de las decisiones judiciales debería verse como una simple enumeración o información de opiniones y creencias subjetivas. El deber de independencia exige algo más que el deber de sinceridad. Ese algo más es la "justificación" de las decisiones. Por ello, la sinceridad no puede ser condición suficiente de la independencia; y, en ocasiones, un juez consciente de su deber de independencia se ve forzado a prescindir de sus propias convicciones subjetivas y sinceras ante la imposibilidad de justificarlas debidamente. La creencia sincera y subjetiva de que alguien es culpable tal vez pueda ser condición necesaria para la declaración de culpabilidad pero desde luego no es condición suficiente. En este sentido, el deber de independencia tiene mucho que ver con exigencias de racionalidad.

La soberanía es otra imagen deformada de la independencia judicial. Suele denominarse soberano al poder supremo e independiente, esto es, último y no sometido a control. Es cierto que los jueces muchas veces detentan el poder último –tienen la última palabra– y no sometido a posterior control institucional, pero en esa asimilación hay una confusión conceptual que consiste en lo siguiente: mientras que la independencia del soberano es una cuestión de hecho –se trata de determinar quién de hecho es el soberano en una determinada sociedad política–, la independencia de

los jueces es un principio normativo –se traduce en enunciados de deber relativos a la conducta de los jueces–. En este error, que consiste en definir la posición del juez dentro del orden jurídico a partir de tomar en consideración exclusivamente sus poderes (lo que les es posible hacer), ignorando sus deberes (lo que tienen el deber de hacer), ha incurrido con cierta frecuencia la teoría del derecho. Una manifestación de este error ha sido, por ejemplo, el empeño que muchos autores han mostrado por integrar normativamente dentro del orden jurídico la sentencia firme (no revisable) irregular (contraria a las normas jurídicas). La famosa “cláusula alternativa tácita” de Kelsen, que autorizaba a los jueces a apartarse de las normas generales y a dictar sentencias cuyo contenido era determinado por el tribunal mismo, acababa transformando a los jueces en soberanos. En este punto, alguien podría replicar que lo dicho es falso, que no es cierto que la cultura jurídica haya realizado esta asimilación, que es posible que lo hayan hecho algunos teóricos del derecho, pero que para la cultura jurídica en general el lugar común ha sido la vinculación entre independencia y legalidad y que, por tanto, siempre se ha sido consciente de que el poder de los jueces es un poder delegado y, en consecuencia, un poder no soberano. Quien así piense tiene parte de razón, pero sólo parte. Porque hay otra deformación (muy semejante a la anterior y que responde a las mismas causas) que consiste en adornar a los jueces (especialmente a los de última instancia) con el don de la infalibilidad (y no sólo en cuestiones de derecho sino también en cuestiones de hecho). Esta deformación es también el producto de ignorar los deberes del juez o, peor aún, de transformar sus deberes en poderes. Antes dijimos que el deber de independencia tiene mucho que ver con la exigencia de racionalidad; pues bien, esta deformación, que sí ha sido muy común, consiste en invertir los términos: en lugar de ver a la razón como un límite y un medio de control del poder, supone considerar que el ejercicio del mismo “es” (en lugar de “debe ser”) la expresión de la razón. Una cosa es tener la última palabra (poder) y otra muy diferente es tener razón. El poder se confiere, la razón no.

La independencia y la credibilidad de las razones del derecho

Como dijimos, el deber de independencia de los jueces tiene su correlato en el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el derecho, no desde relaciones de poder, juegos de intereses o sistemas de valores extraños al derecho. Pero el principio de independencia protege no sólo la aplicación del derecho, esto es, el fallo y las razones que se aducen en favor del fallo, sino que además exige al juez que falle por las razones que el derecho le suministra. Nótese que, por ejemplo, al amparo del principio de independencia es común justificar una fuerte limitación del derecho de asociación de los jueces, así como un estricto régimen de incompatibilidades. Todo ello va destinado no tanto (o no sólo) a prevenir prevaricaciones cuanto a reforzar la credibilidad de las razones que el juez aduce en favor del fallo. Es decir, que estas razones no puedan ser vistas como meras racionalizaciones de móviles extraños al derecho. Ahora bien, si

lo dicho hasta aquí a propósito de la independencia judicial es acertado, no es cierto que el derecho se desentienda del contexto de descubrimiento y de las razones explicativas de las decisiones judiciales.

LA IMPARCIALIDAD

Hemos dicho que es independiente el juez que aplica el derecho y que lo hace por las razones que el derecho le suministra. La independencia trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al derecho provenientes del sistema social; y ello es así porque los ciudadanos tienen derecho a ser juzgados desde (y sólo desde) el derecho. Pues bien, la imparcialidad responde al mismo tipo de exigencias pero circunscritas al interior del proceso. Si la independencia trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al derecho provenientes del sistema social, la imparcialidad trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al derecho provenientes del proceso. De este modo, la imparcialidad podría definirse como la independencia del juez frente a las partes y el objeto del proceso. Como se ve, estamos apuntando en la misma dirección de antes: imparcial será el juez que aplica el derecho y que lo hace por las razones que el derecho le suministra. En este sentido, los procesalistas suelen distinguir entre lo que llaman "garantías objetivas" y "garantías subjetivas" de la imparcialidad. Las objetivas están vinculadas a la legalidad de la decisión (en nuestra interpretación, deber de aplicar el derecho), y las subjetivas a las características del juez llamado a decidir (en nuestra interpretación deber de actuar conforme a derecho por las razones que el derecho suministra). Aquí nos vamos a centrar básicamente en las segundas y para ello nos detendremos en dos puntos esenciales: el análisis de las instituciones procesales de la abstención y de la recusación, y la relación entre imparcialidad y neutralidad.

Abstención y recusación

El deber de imparcialidad de los jueces está íntimamente ligado a dos instituciones procesales como son la abstención y la recusación. No entraremos a discutir si se trata de dos caras de la misma institución o si son dos instituciones diferentes. Lo importante para nuestra exposición es que se considera que obra mal tanto el juez que no se abstiene cuando concurre una causa justificada como el juez que deniega una recusación bien fundada. Naturalmente, también se considera que obra mal el juez que se abstiene sin causa justificada pues estaría incumpliendo otro de sus deberes centrales: el deber de decidir. Como es obvio, la concreción de todo ello requiere esclarecer qué cabe entender por causa justificada.

Causas generalmente admitidas para la abstención y la recusación son el parentesco, la amistad íntima, la enemistad manifiesta, la actuación como letrado, el interés en el objeto del proceso, la contaminación (instrucción previa a la vista), etc.

A pesar de su carácter heterogéneo, es fácil darse cuenta de lo que tienen todas ellas en común. Lo que sobresale de todas ellas y las unifica es la extraordinaria fuerza motivacional de la conducta que se les reconoce. Denotan sentimientos e intereses a partir de los cuales explicamos cotidianamente las conductas de la gente en general; y este potencial explicativo obviamente alcanza también a los jueces.

El sentido inmediato de estas dos instituciones procesales parece claro: preservar la legalidad de las decisiones judiciales; evitar que la presencia en el juez de motivos para decidir provenientes del proceso y extraños al derecho pueda llevarlo a desviarse de la legalidad en la toma de sus decisiones. Obviamente ello es así, pero no agota el análisis de estas dos instituciones; porque en realidad no tiene sentido pretender que el juez que se abstiene está afirmando que si juzgara se le podría debilitar tanto la voluntad que podría llegar a cometer una prevaricación (dictar una resolución injusta a sabiendas), o que dadas las circunstancias se le podría nublar el entendimiento de tal forma que no llegaría a discernir cuál es la solución correcta del caso. Lo mismo puede decirse del juez que admite la recusación de un compañero: no parece adecuado interpretar ese acto como un juicio previo (o prejuicio) de prevaricación o de incapacitación para la formación del juicio. Si se interpretan así estas dos instituciones, no cabe duda de que realmente resulta muy duro abstenerse o admitir una recusación. Las cosas se ven más claras si estas instituciones se interpretan de una manera menos inmediata y no redundante con la exigencia de legalidad. En efecto, la abstención y la recusación protegen no sólo el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el derecho (legalidad de la decisión), sino también y fundamentalmente la credibilidad de las decisiones y las razones jurídicas. Lo que en realidad reconoce el juez que se abstiene es que si no lo hiciera sus decisiones podrían ser vistas como motivadas por razones distintas a las suministradas por el derecho. Podrían interpretarse a partir de razones tan motivacionales como el parentesco o el interés en el proceso.

En definitiva, la imparcialidad (y sus dos vehículos procesales, la abstención y la recusación) trata(n) de proteger no sólo el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el derecho, sino también la credibilidad de las razones jurídicas. De nuevo pues, si lo dicho a propósito del principio de imparcialidad es acertado, no es cierto –como ocurría también con la independencia– que el derecho se desentienda del contexto de descubrimiento y las razones explicativas de las decisiones judiciales.

Si todo lo anterior es acertado, entonces hay razones para estar en desacuerdo con la que parece ser la doctrina jurisprudencial dominante a propósito de las causas de abstención y recusación: la que afirma que se trata de causas tasadas y que, por tanto, considera que debe excluirse la aceptación de otras posibles causas. No es éste el lugar apropiado para detenerse en extenso en ello, pero lo que hace esa línea jurisprudencial no es más que confundir el principio jurídico de la imparcialidad con las reglas jurídicas de la misma. En realidad, el principio de imparcialidad es la razón (justificativa) por la que se han establecido las reglas, es decir, las causas de abstención

y recusación; y precisamente por ello, el principio no puede quedar reducido a las reglas. Como todos sabemos las reglas en general tienen una formulación que hace que en ocasiones su aplicación pueda generar casos anómalos de infrainclusión o suprainclusión a la luz de las razones justificativas subyacentes a las mismas (los principios). Y si esto es así, no tiene sentido negar toda posibilidad a que se produzca un caso en el que a la luz del principio de imparcialidad parezca plenamente justificada la abstención o la recusación aunque dicho caso no sea subsumible en ninguna de las reglas de recusación previstas. En definitiva, una cosa es tener una actitud prudente hacia la aceptación de nuevas causas, y otra muy diferente es negar toda posibilidad de su admisión. En los últimos años en España contamos, con bastantes ejemplos claros de infrainclusión.

Imparcialidad y neutralidad

Muchas veces se oye decir que la imparcialidad exige equidistancia respecto de las partes del proceso y que éste es precisamente el sentido de instituciones como la abstención y la recusación: evitar la presencia de jueces no equidistantes respecto de las partes en conflicto. Pero esto choca con otra intuición también muy arraigada: el derecho no exige equidistancia entre violador y violada o entre acreedor y deudor moroso; el derecho resuelve conflictos de intereses y realiza valoraciones, y el juez imparcial es el que incorpora los balances de intereses y valores que hace el derecho y, con mucha frecuencia, éstos no se sitúan precisamente en el punto medio. Para explicar estas dos intuiciones contrapuestas es imprescindible distinguir entre neutralidad e imparcialidad.

En general, no es difícil aceptar que tanto la neutralidad como la imparcialidad aluden, en su núcleo central de significación, a actitudes de terceros en relación con otros sujetos que son partes en un conflicto. En este sentido, la actitud opuesta a la del neutral es la del aliado o del partidario, y la actitud opuesta a la del imparcial es la del parcial; lo que nos transmiten estos opuestos de manera más manifiesta es que un sujeto que está en esas actitudes pierde (por decirlo de algún modo) su condición de tercero en relación con el conflicto en cuestión. Ahora bien, eso que tienen en común en la vertiente negativa no significa que no haya diferencias entre la actitud de neutralidad y la de imparcialidad en relación con un conflicto; y estas diferencias se muestran de manera patente cuando esas dos actitudes vienen normativamente exigidas respecto del rol del tercero en cuestión. A menudo al tercero se le exige neutralidad cuando su papel de tercero consiste precisamente en no decidir el resultado del conflicto o de la contienda; y, por el contrario, se le exige imparcialidad cuando sí está llamado a decidir dicho resultado. Por eso, muchos procedimientos que requieren la presencia de un tercero suelen exigir tanto la actitud de neutralidad como la de imparcialidad pero en momentos o aspectos diferentes del proceso. Para explicarlo comparemos por ejemplo las exigencias de neutralidad y de imparcialidad en relación con

el papel de tercero que juega un árbitro en un partido de fútbol y el que juega un juez en un proceso penal. Parece claro que el árbitro debe ser neutral respecto del resultado del partido, y la neutralidad consiste precisamente en la actitud de no decidir el resultado. El árbitro neutral es el que no decide, no influye en el resultado. Sumar goles y controlar si han transcurrido 45 minutos de juego no es decidir, es contar y medir. Sin embargo, en relación con el desarrollo del juego la actitud que se le exige es la de la imparcialidad porque precisamente su papel consiste en decidir cosas tales como si una cierta acción fue falta o no, o si una situación fue un gol válido o no, etc. A la hora de determinar si la falta que un jugador le hace a otro es merecedora de tarjeta roja o no, al árbitro no se le exige que sea neutral entre agresor y agredido; lo que se le exige es que sea imparcial; y ello es así porque él está llamado a decidir el conflicto y, en este sentido, está comprometido con la verdad de los hechos y la corrección de la decisión. Es decir, el papel de tercero que juega el árbitro de un partido de fútbol parece exigirle que sea neutral respecto del resultado del partido (es decir, respecto de lo que no está llamado a decidir) e imparcial respecto del desarrollo del juego (es decir, respecto de lo que sí está llamado a decidir). Sin embargo, su imparcialidad en el desarrollo del partido puede afectar al resultado; pero a él se le exige que actúe haciendo abstracción del mismo; se le exige neutralidad. Frente a la situación del árbitro que acabamos de describir, el rol de tercero que desempeña un juez en un proceso penal puede ser descrito de modo inverso. En términos generales, el juez está llamado a dirigir el proceso y a decidir el resultado del mismo. En cuanto director del proceso al juez se le exige centralmente neutralidad (equidistancia) respecto de las partes en conflicto, de forma que las decisiones que toma no prejuzguen el resultado del proceso y mantengan el equilibrio entre ellas. Sin embargo, en relación con el resultado al juez se le exige imparcialidad, no neutralidad: el juez está llamado a decidir dicho resultado y, en este sentido, está comprometido con la verdad de los hechos que considera probados y con la corrección de la decisión que toma. Lo que tratamos de resaltar es que mientras que al árbitro de un partido la justicia le exige imparcialidad respecto al desarrollo del juego y neutralidad respecto al resultado del partido, a un juez la justicia parece exigirle neutralidad durante el desarrollo del proceso (equilibrio ante los sujetos en tanto que partes de un proceso) e imparcialidad respecto al resultado (determinación de los hechos probados y de las consecuencias debidas). En definitiva, la neutralidad se exige al tercero cuando no está llamado a decidir el resultado y la imparcialidad cuando sí está llamado a hacerlo. Por ello la idea de imparcialidad remite a decisiones comprometidas con ciertos criterios de corrección sustantiva. Sin criterios de corrección, sin sustancia, no cabe, hablar de imparcialidad. La imparcialidad no puede ser una cuestión meramente formal o procesal.

Si tenemos claro lo anterior, quedan suficientemente disueltas las perplejidades que ha generado la interpretación de la imparcialidad como equidistancia y como compromiso con las valoraciones que el derecho realiza.

ALGUNAS CONCLUSIONES SOBRE LA INDEPENDENCIA Y LA IMPARCIALIDAD DE LOS JUECES

Los deberes de independencia e imparcialidad conforman dos características básicas de la posición institucional del juez en el marco del Estado de derecho. Conforman la peculiar forma de cumplimiento del derecho que este mismo les exige. Finalmente, independiente e imparcial es, pues, el juez que aplica el derecho y que lo hace por las razones que el derecho le suministra. Con ello se trata de proteger el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el derecho y sólo desde éste. Si lo dicho hasta aquí es cierto, entonces las afirmaciones de que al derecho sólo le interesan el contexto de justificación y las razones justificativas es falsa. Todo lo anterior muestra de manera suficiente que el derecho trata de controlar los motivos por los cuales los jueces actúan. Es más, y por decirlo de manera breve, en el ideal del Estado de derecho de un juez independiente e imparcial hay algo muy parecido a la exigencia kantiana para la conducta moral, pero referido al marco institucional del derecho: que la explicación y la justificación de la conducta coincidan. El ideal de un juez independiente e imparcial designa a un sujeto que no tiene más motivos para decidir que el cumplimiento del deber.

Ahora bien, los deberes de independencia e imparcialidad no tratan sólo de proteger el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el derecho, sino también la credibilidad de las decisiones y de las razones jurídicas. Las limitaciones al derecho de asociación de los jueces, los regímenes de incompatibilidades y las causas de abstención y recusación no deben verse como juicios previos de inclinación a la prevaricación, sino más bien como intentos de salvaguardar la credibilidad de las razones jurídicas. Nada hay más distorsionador para el funcionamiento del Estado de derecho que el hecho de que las decisiones judiciales se interpreten (o puedan ser interpretadas) como motivadas por razones extrañas al derecho, y que las argumentaciones que tratan de justificarlas se vean como meras racionalizaciones.

ESTADO CONSTITUCIONAL, CRISIS DE LA LEY Y TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Si se observa, todo lo dicho hasta ahora podría resumirse en la afirmación de que el juez independiente e imparcial es aquel que se somete exclusivamente al derecho. En nuestra tradición jurídica esta imagen del juez ha estado muy vinculada a las concepciones legalistas del derecho y ha operado con el modelo de referencia del gobierno de las leyes. El peso del principio del imperio de la ley ha sido tan imponente que ha generado una acusada tendencia a hacer invisible el papel de los juristas en general, y de los jueces en particular. Y ello ha conllevado una fuerte tendencia a reducir las garantías subjetivas de la justicia a las garantías objetivas, de forma que la legalidad de las decisiones ha sido la medida tanto para unas como para otras. Esta tendencia es

la que explica que la imagen del juez independiente e imparcial quedara prácticamente reducida a la del juez que aplicaba la ley y sólo la ley.

Pero es obvio que hoy en día la imagen del derecho subyacente a estos planteamientos se halla en crisis. No se trata sólo de que en el pensamiento jurídico hayan encontrado mejor acomodo corrientes antiformalistas o antilegalistas (aunque bastante de ello hay). Sino más bien de que se ha extendido una conciencia generalizada de que nuestros órdenes jurídicos han sufrido (y están sufriendo) transformaciones tan relevantes que llevan inexorablemente a un cambio de paradigma del pensamiento jurídico. En este sentido, es casi un lugar común la idea de que el paradigma dominante no es ya el del Estado legal de derecho sino el del Estado constitucional de derecho. Aunque no podemos detenernos aquí a explicar las transformaciones que este cambio de paradigma supone, sí conviene mostrar algunas concreciones de ese lugar común que, sin duda, podrán servir de ilustración:

- En relación con los tipos de normas regulativas: frente al cuasimonopolio de las reglas jurídicas, mayor peso cuantitativo y cualitativo de los principios jurídicos.
- En relación con el razonamiento jurídico: frente al cuasimonopolio de la subsunción y de la aplicación mecánica (condiciones necesarias y suficientes para), mayor peso de la ponderación y de la deliberación.
- En relación con las fuentes y la interpretación: mayor peso de la constitución en relación con la ley. La constitución no se ve ya sólo como un instrumento político, sino que se le reconoce carácter jurídico y regulativo y, por tanto, se considera que contiene normas jurídicas que deben ser aplicadas por los operadores jurídicos. Ello supone, entre otras muchas cosas, el desplazamiento del principio de "interpretación de la constitución conforme a la ley" (la ley es el intérprete de la constitución) por el de "interpretación de la ley conforme a la constitución" (la constitución es la medida de la validez de la ley).
- En relación con las autoridades jurídicas: desplazamiento del centro gravitacional del orden jurídico de los legisladores hacia los jueces.

Y así podríamos seguir hasta conformar el nuevo paradigma. Aquí no lo vamos a hacer; pero a modo de resumen puede decirse que el nuevo paradigma supone la relativización, flexibilización, debilitamiento o difuminación de dos oposiciones que en el paradigma anterior parecían estar nítidamente trazadas. La primera es la oposición entre creadores y aplicadores del derecho: el legislador opera ahora *sub constitutione* y el juez no opera sólo *sub lege*. La segunda es la oposición entre lo interno y lo externo al derecho: la validez interna del derecho incorpora hoy criterios de justicia material (como, por ejemplo, el respeto a los derechos humanos) que hacen prácticamente imposible trazar límites nítidos entre un ámbito y otro.

En este contexto, pues, surge la gran 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? La solución tiene que venir por la redimensión y compatibilización del modelo del gobierno de las leyes con el modelo del gobierno de los hombres. La independencia y la imparcialidad como exigencia dirigida a los "hombres" que deben impartir justicia nunca debió quedar reducida a la simple legalidad de la decisión, porque la invisibilidad de los jueces no equivale precisamente a su inexistencia (y, en este sentido, la invisibilidad probablemente siempre fue ideológica). En consecuencia, y a modo de conclusión, las exigencias normativas derivadas del principio de independencia e imparcialidad de los jueces tienen que traducirse en exigencias de dos tipos. Unas objetivas que tienen que ver con exigencias de racionalidad (no simplemente de legalidad) de las decisiones y que están muy vinculadas a los aspectos justificativos de la tarea del juez; no cabe duda de que en esta reconstrucción tiene que jugar un papel muy importante la teoría de la argumentación jurídica. Y otras más de tipo subjetivo que tienen que ver, por un lado, con las disposiciones o inclinaciones de carácter de los jueces y, por otro, con las circunstancias sociales en las que desarrollan su labor. No es difícil darse cuenta de que tanto unas como otras están más vinculadas con los aspectos explicativos de su conducta. Respecto de lo primero, las disposiciones de carácter, la discusión debería canalizarse a través de lo que M. Atienza ha llamado en diversas ocasiones las virtudes judiciales; y respecto de lo segundo, las circunstancias sociales, a través del debate sobre las formas de reclutamiento, los regímenes de incompatibilidades y disciplinarios, las formas de relación adecuadas con los medios de comunicación, los partidos políticos, entre otros.

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 resolutive 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.

La independencia judicial: conceptualización y medición*

4

Sebastián Linares**

CONCEPTUALIZACIÓN

El objeto del presente artículo consistirá en determinar el marco de referencia del concepto de independencia judicial y en exponer las técnicas de medición que pueden utilizarse o que han sido ya utilizadas por la literatura, señalando las virtudes y falencias de cada una de ellas.

La doctrina ha venido discutiendo cuáles son las dimensiones o el marco de referencia de la independencia judicial, pero no se ha llegado a un acuerdo sobre la cuestión. Algunos autores distinguen entre imparcialidad e independencia (Cappellet-

* El presente artículo apareció por primera vez en *Política y gobierno*, vol. 11, núm. 1. El artículo se reimprime con permiso de los editores de dicha publicación. La elaboración de este artículo se enmarca dentro del Proyecto SEC-2001/1779: política de justicia y calidad de la democracia en Centroamérica, financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología de España. Quiero a la vez agradecer a la directora del proyecto, María Luisa Ramos Rollón, quien ha seguido paso por paso, y apoyado y estimulado constantemente la realización de este trabajo, y a Leopoldo Díaz Moure, Borja Díaz Rivillas, Pilar Domingo y Leticia Ruiz Rodríguez por sus sugerentes comentarios. Quiero agradecer, por último, al anónimo examinador de la revista *Política y gobierno*, por sus atinadas y valiosas correcciones.

** Sebastián Linares es doctorando en ciencia política en la Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho. Sus temas de estudio son: metodología aplicada a la medición y evaluación del funcionamiento de los sistemas de justicia, Estado de derecho y democracia en América Latina. Actualmente está trabajando en el diseño de un observatorio judicial.

ti, 1988; Toharia 1999; ABA/Ceeli, 1999; Sharman, 1996), entre independencia y autonomía (Binder, 2001), entre independencia externa e interna (Rico y Salas, 1989), entre insularidad y neutralidad (Larkins, 1996), entre independencia formal y material (Méndez, 2000), entre independencia sustantiva e independencia estructural (Salzberger, 2001), entre independencia como función e independencia como garantía (Diez Picazo, 1992), o entre dimensiones o aspectos negativos y positivos de la independencia (Karlán, 1998; Negretto y Ungar, 1997) sólo por citar los ejemplos más sobresalientes. Muchas veces se utilizan nombres distintos para hablar de la misma cosa (por ejemplo, independencia como garantía, insularidad, independencia estructural, independencia formal o autonomía funcional para referirse al conjunto de garantías institucionales que impiden, en mayor o menor grado, las injerencias indebidas en la actuación judicial);¹ o un mismo nombre para hablar de cosas diferentes.² Algunos autores hablan de la imparcialidad como un “componente de la independencia” (Larkins, 1996) mientras que otros las distinguen como dimensiones separadas (ABA/Ceeli, 1999; Toharia, 1999).

Estas diferencias conceptuales no son problemáticas mientras sepamos con claridad cuál es el significado de cada término utilizado, pero sí lo son cuando incurrimos en estiramientos conceptuales o cuando comparamos, como si se trataran de la misma cosa, conceptos nominalmente idénticos pero semánticamente diferentes. Todo esto genera un sinnúmero de dificultades accesorias que podrían ser evitadas mediante un consenso. Señalados estos riesgos, intentaré exponer lo más claramente posible

¹ Es preciso destacar, sin embargo, que la autonomía funcional y la insularidad responderían a distintas lógicas: mientras la primera contiene el conjunto de garantías institucionales tendientes a asegurar el efectivo ejercicio de la función judicial en el control y contrapeso entre los poderes del Estado, la segunda contiene aquellas garantías que aseguran o tienden a asegurar la imparcialidad de los jueces individuales. Ambas, de algún modo, protegen la imparcialidad contra indebidas injerencias, pero la segunda lo hace más directamente. Es que mientras la autonomía funcional proviene de la doctrina de la separación o distribución de poderes propia del sistema continental (y menos arraigada en el *common law*), el concepto de imparcialidad deriva del concepto de justicia y constituye el eje primordial de cualquier sistema de justicia (en el mismo sentido véase Salzberger, 1993: 372).

² Daremos dos ejemplos: “independencia” para referirse bien a la imparcialidad o neutralidad (Shapiro, 1981), bien al conjunto de garantías institucionales que la aseguran la imparcialidad (Cappelletti, 1988; Binder, 2001; ABA/Ceeli, 1999; Toharia, 1999), bien a la ausencia de injerencias indebidas o amenazas de parte del gobierno (Larkins, 1996; Prillaman, 2000; Staats, 2003), bien a la ausencia de cualquier tipo de injerencias, sean de parte del gobierno, de las partes, o de cualquier otro actor (Rossen, 1987); bien al grado de ejercicio efectivo del control de constitucionalidad (Becker, 1970: 214); o el término “imparcialidad”, para referirse al hecho de que el juez no tenga preferencias preconcebidas hacia alguna de las partes o intereses personales en el resultado (Toharia, 1999; Schedler, 2000, 2003); o bien para referirse a la independencia interna (Méndez, 2000: 8).

los atributos propios de la independencia judicial tomando, con algunas variaciones, elementos de los siguientes autores: Becker (1970), Rossen (1987), Wroblewski (1987), Díez Picazo (1992), Salzberger (1993 y 2001), Larkins (1996) y Karlan (1998).

La elaboración conceptual que se sigue en esta primera parte utiliza en general enunciados normativos, construidos en el plano del “deber ser”. Ello es así porque la mayor parte de la teoría sobre independencia judicial nos viene del derecho o de la pragmática política, no de la ciencia política. Sólo en la última década se ha analizado concienzudamente este concepto desde una perspectiva empírica. Los términos positivo y normativo se utilizan a menudo en la literatura de las ciencias sociales para diferenciar los enunciados sobre hechos objetivos (empíricos o no)³ y los que constituyen juicios de valor. Es esencial diferenciar entre estas dos clases de enunciados si queremos pensar o hablar con claridad sobre cualquier cuestión, pero muy especialmente sobre cuestiones sociales. La diferencia esencial entre enunciados normativos y positivos puede expresarse del modo siguiente: cuando un enunciado positivo no aporta pruebas empíricas (sea porque un concepto no puede observarse o inferirse de otras observaciones, o porque una hipótesis no es contrastable) se pone en entredicho el enunciado; pero cuando un enunciado normativo está en contradicción con el estado del mundo, lo que se pone en entredicho es el estado del mundo. Dicho de otro modo: cuando las creencias empíricas de una persona no están o parecen no estar de acuerdo con los hechos, la persona está obligada a mejorar la observación de los hechos o a cambiar de creencias; pero cuando los hechos no están de acuerdo con las creencias normativas de una persona, la persona está obligada moralmente a cambiar los hechos.

Toda la disquisición conceptual que se sigue sobre independencia judicial se encuentra formulada, por tanto, en un plano eminentemente normativo. Esta circunstancia, sin embargo, no impide que pasemos, en una segunda fase, a la medición u observación del concepto. En efecto, es lícito y posible transformar los planos semánticos y convertir una proposición normativa en una positiva. Esto no es otra cosa que lo que sucede, por ejemplo, con la teoría de la democracia y toda la literatura sobre medición de la misma (para esta literatura véase Munck y Verkuilen, 2002). Resumiendo: el hecho de que un concepto como el de independencia judicial, con fuertes connotaciones normativas, se pueda inferir, observar o medir, no significa otra cosa que a dicho concepto se lo ha considerado desde un plano positivo o empírico, transformando los verbos construidos en el plano del deber ser al plano del ser. Por otra parte, las mediciones tendrán diferentes consecuencias dependiendo del plano que

³ Un hecho es empírico cuando es observable directamente, y es objetivo no empírico cuando, a pesar de no ser observable directamente, hay razones de peso –esas razones vienen dadas por las teorías científicas– para creer que tiene una existencia real (Bunge, 1983).

judicial en su conjunto o a determinados “productos” de la actividad del juez. Ello porque es requisito de un concepto el no contener atributos que se solapen mutuamente, cosa que sucedería si incluimos en un mismo concepto al juez individual, a las decisiones judiciales y al poder judicial en su conjunto (que es, además de otras cosas, el conjunto de jueces individuales). Hecha esta pequeña aclaración, podemos decir que la independencia judicial se refiere a la inexistencia de un vínculo –más adelante veremos cuál–, entre un juez individual y esos otros ocho objetos (a, b, c, d, e, f, g, h). De este modo tenemos el siguiente esquema de vínculos posibles:

CUADRO 1

Juez individual	← →	Partes
Juez individual	← →	Gobierno
Juez individual	← →	Legislativo
Juez individual	← →	Organizaciones no gubernamentales
Juez individual	← →	Medios de comunicación
Juez individual	← →	Grupos de poder económico
Juez individual	← →	Otros jueces
Juez individual	← →	Público general
Juez individual	← →	Órganos no jurisdiccionales del sistema de justicia

Fuente: elaboración del autor.

Esta dimensión podríamos denominarla “negativa” porque se refiere a la ausencia de ciertos elementos empíricos. Ello quiere decir también que, en calidad de concepto, la dimensión constituye meramente una fórmula lógica: la “ausencia” de algo es inobservable, sólo podemos observar objetos u operaciones presentes. Es preciso destacar, también, que la clasificación de objetos excluidos (partes, gobierno, legislatura, etc.) es arbitraria, no es taxativa, y no conforma categorías excluyentes. Esta circunstancia, sin embargo, no desmerece la conceptualización por esa misma razón: dichos elementos integran una proposición puramente “lógica”, sin referente objetivo.

En este sentido, sería conveniente nombrar a esta dimensión con un enunciado negativo, para facilitar la comprensión, como “ausencia de injerencias”. Pero como el lenguaje común tiende a convertir en afirmaciones todas las negaciones, también es lícito denominarla con el término de “neutralidad”, poniendo el énfasis en cabeza del sujeto juez, e indicando que un juez concreto no debería recibir (indebidas) injerencias ni de las

partes, ni del gobierno, ni de los medios de comunicación, ni de grupos económicos, entre otros. Tampoco debería tener preferencias “preconcebidas” o intereses que sesguen sus decisiones hacia determinados actores, violentando el marco decisorio que se deriva de la interpretación de las fuentes del derecho. Sobre esto volveremos más tarde.

Reiteramos, todos estos vínculos no son más que negaciones o exclusiones, no afirman ningún hecho concreto. Y si la negación se atribuye a fórmulas, no a la realidad, no podemos predicar y medir directamente la “ausencia de algo” a menos que –explícita o implícitamente– postulemos la “existencia” de otra cosa. De lo que se sigue que la noción de independencia judicial no tendría sentido, entonces, si no predicamos un contenido positivo implícito y mediante el cual cobran significado todas estas exclusiones. Este significado o correlato implícito es el que relaciona al juez individual con las fuentes del derecho (ley, doctrina, precedente, principios generales del derecho) y con los hechos (y como veremos luego, con los valores y la cultura política), y se expresa en el siguiente enunciado: “el juez debe resolver un caso de modo neutral sujetándose exclusivamente a la regla de decisión que se deriva de interpretación de las fuentes del derecho y a la verdad de los hechos”. La relación sería la siguiente:

Fuentes del derecho – Hechos \longleftrightarrow Juez

Conviene anticipar que ya de por sí estos dos componentes: interpretación de las fuentes del derecho, y verdad de los hechos, suponen una serie de problemas, tanto analíticos como de medición, de los que hablaremos más adelante, pero por el momento asumámoslos como incuestionables. Incorporado este segundo contenido implícito al marco referencial de la independencia judicial, tenemos lo siguiente (cuadros 2 y 3):

CUADRO 2

Dimensión 1ª negativa		
Juez individual	← →	Partes
Juez individual	← →	Gobierno
Juez individual	← →	Legislatura
Juez individual	← →	Medios de comunicación
Juez individual	← →	Organizaciones no gubernamentales
Juez individual	← →	Grupos de poder económico
Juez individual	← →	Otros jueces
Juez individual	← →	Público general
Juez individual	← →	Órganos no jurisdiccionales del sistema de justicia

Nota: clasificación no taxativa ni excluyente.
autor.

Fuente: elaboración del autor.

CUADRO 3

Dimensión 2ª positiva		
Juez individual	←	Fuentes del derecho o regla de decisión
Juez individual	←	Hechos

Fuente: elaboración del autor.

El vínculo entre los términos de cada dimensión

Hecho este pequeño desglose de componentes, ahora le toca el turno al elemento que vincula al sujeto analítico con sus objetos, es decir, el elemento (V) o (-V). A priori, podemos decir que el sustrato o contenido fundamental de este vínculo está conformado por el fenómeno más difícil de observar y medir: el poder. Para nuestros cometidos, definiremos al poder de este modo: la relación causal entre preferencias y resultados (Dahl, 1963). Esto quiere decir que un sujeto A tiene poder sobre un objeto B, cuando logra que B se conduzca de tal modo que satisfaga sus preferencias. Bajo estas consideraciones preliminares, podríamos arriesgar, grosso modo, que la independencia judicial requiere, por un lado, del derecho (y todas sus fuentes, no sólo la ley) sobre el juez y, por el otro, de la ausencia de poder –también sobre el juez– de cualquier otro factor extraño al derecho.

Sin embargo, es preciso señalar que el poder es el sustrato necesario del vínculo analizado, pero no el vínculo suficiente. Es decir, el poder es un fenómeno subyacente que entrelaza los términos contenidos en las dimensiones de la independencia judicial, pero que por sí sólo no basta, pues requiere de algunas cualidades agregadas.

- a) El poder en la dimensión positiva: como anticipamos, la dimensión positiva indica una afirmación, un contenido real y no una mera negación o exclusión. Ese contenido, refiere al hecho de que el juez, en la resolución de un caso concreto, debe aplicar el derecho. Esto, en otras palabras, significa entronizar el “poder” del derecho sobre el juez. Sin embargo, esta aseveración puede convencer a un jurista, pero no a un politólogo. El poder, sabemos, requiere de ciertos recursos fácticos (económicos, persuasión, organización, coacción) que no pueden ser garantizados por el mero texto de una ley, una sentencia o cualquier otra fuente de derecho. Es una ilusión pensar que el poder de los jueces deriva del derecho, la realidad es más bien que la fuerza normativa o eficacia del derecho deriva del poder efectivo de los jueces (Binder, 2001). Para esto es preciso dotar a los jueces de recursos organizativos, económicos, de información, educación legal, y otros, para que puedan ejercer su función cabalmente. No basta con que el juez tenga poder “de derecho”, es preciso que lo tenga también “de hecho”.

Pero la cosa no termina ahí. El poder, en este sentido, es una condición necesaria pero no suficiente de la independencia judicial, porque un juez puede ser parejamente poderoso –porque cuenta con los recursos para ejecutar sus decisiones– y dependiente –porque otros actores ejercen injerencias impropias sobre el mismo–. Vale decir, poder e independencia no siempre van unidos, cosa que no sucede si revertimos la dirección de causalidad: siempre que hay independencia, existe poder, porque si un juez es débil nunca podrá hacer valer sus decisiones, y si sus decisiones no se pueden hacer valer, ¿de qué sirve la independencia? Todo esto no significa más que lo siguiente: el poder es un atributo necesario, pero no suficiente, de la independencia judicial, al que se le deben añadir otras cualidades. Y las cualidades añadidas (al poder) que se precisan para que un juez ejerza de modo independiente su magistratura son las siguientes: 1) una adecuada formación, que le permita fundar su decisión consistentemente en el derecho (ley, jurisprudencia, doctrina, principios generales), las reglas de la lógica y la experiencia, y 2) en la ausencia de injerencias indebidas que, como se mencionó, constituye la dimensión negativa. Sin estas dos cualidades no podemos hablar de un juez poderoso y parejamente independiente.

Del mismo modo, el poder entrelaza cada uno de los términos contenidos en la dimensión negativa, pero aquí también es preciso agregar algunas especificaciones.

- b) El poder en la dimensión negativa: al igual que en la dimensión positiva, el mero poder fáctico que otros actores ejercen sobre el juez es una condición necesaria, pero no suficiente, para que prediquemos la “dependencia judicial”. Para que un juez sea independiente es necesario que esos otros agentes de la relación analizados como “objetos” (gobierno, legislatura, sociedad civil), no ejerzan “ciertos tipos de poder” sobre el juez. Esos tipos podemos englobarlos dentro de la noción de “poder ilegal”. Por ilegalidad de las injerencias o del poder entendemos el hecho de que una decisión judicial sea tomada en razón de sobornos, amenazas, coacción, manipulación ideológica o lealtades políticas.⁴ Esta añadidura (la ilegalidad) al poder es de suma importancia, porque no toda injerencia es ilícita: existen canales legales por medio de los cuales las partes u otros sujetos pueden hacer valer sus preferencias. Para dar algunos ejemplos: las partes podrán influir en un juez aportando pruebas y argumentos legales, o intentando convencer al mismo de que determinada interpretación es la correcta; lo que no les es

⁴ Debemos la incorporación de este último ingrediente –que no ha sido considerado en las clásicas definiciones de Rossen o incluso en la de Larkins– al exhaustivo trabajo de Díaz Rivillas y Ruiz Rodríguez (2003) sobre la independencia judicial en Nicaragua. En dicho estudio se constata que las lealtades políticas –y no tanto los sobornos, las amenazas, la coacción– juegan un papel prioritario en la dinámica judicial de ese país.

lícito hacer es coaccionar, amenazar o sobornarle para que tome tal o cual decisión. Tampoco el juez podrá decidir a favor de uno u otro por una cuestión de lealtad o pertenencia a un grupo común. El congreso de un país podrá sancionar leyes a las cuales deberán sujetarse los jueces; lo que no podrán hacer los legisladores es decirles cómo deben ser aplicadas a un caso concreto, y mucho menos mediante amenazas o sobornos. Parejamente, al juez no le es lícito decidir a favor de los intereses de ciertos legisladores por una razón de afiliación partidaria, sino que debe aportar argumentos legales y razones de peso que justifiquen su decisión. En esa misma línea, el poder ejecutivo podrá cumplir un papel en la selección de los jueces (como sucede en muchos países); pero ello no significa que dichos jueces deban responder a las órdenes del ejecutivo al momento de resolver tal o cual caso. Los jueces o tribunales superiores pueden revocar una sentencia apelada en el marco de su competencia material y temporal, lo que no es lícito es que excedan el ámbito de sus competencias o que se inmiscuyan en el modo en que un juez inferior debe resolver un caso concreto.

Vale decir, los actores que integran el elemento (B) no pueden ejercer ningún tipo de “poder” que no sea el que la ley permite o acepta como legítimo. En pocas palabras: es una condición de la independencia judicial el que no se ejerza poder sobre el juez por medio de sobornos, amenazas, coacción, el uso de la fuerza, lealtades políticas o acciones fuera del marco de la ley.⁵

⁵ Es preciso destacar, sin embargo, que las instituciones formales estipulan un conjunto de premios y castigos que pueden, de algún modo, interferir negativamente sobre el juez. En un modelo ideal, el juez debería hacer valer sus reales preferencias cuando interpreta la ley, es decir, que no debería seguir ningún cálculo estratégico en la resolución de un caso. Eso quiere decir, por ejemplo, que no deberían existir variaciones significativas en las votaciones o sentencias de un mismo juez en la resolución de casos análogos a través del tiempo. Este virtual “blindaje institucional”, como ya podemos intuir, es imposible de lograr, porque todas las instituciones establecen incentivos y sanciones a determinadas conductas, lo cual implacablemente trae aparejado la realización de cálculos estratégicos. Un eficiente diseño institucional debería, sin embargo, disminuir o reducir al máximo la posibilidad de realizar cálculos estratégicos en la resolución de casos. Esta posición es refrendada por Schedler: “...judicial decision-makers are supposed to be deaf to the calls of instrumental rationality... while the strategic calculus of jurisprudential success under given constraints may be compatible with the demands of impartiality... the consequentialist calculus of personal benefit is not”. Más adelante dice: the judge is expected to purposefully ignore the personal benefits he/she may reap as a result of his/her decision, or the damages she may suffer, be it in terms of income, *career prospects*, prestige, or physical integrity” (Schedler, 2003: 15). (Enfasis agregado.)

Como anticipamos, existen numerosos casos grises. En efecto, a veces las fronteras de la legalidad y la independencia se vuelven difusas: ¿hasta qué punto la libertad de prensa deja de constituir un derecho para pasar a ser una amenaza a la neutralidad en la aplicación de la ley? ¿Hasta qué punto la selección de jueces no se lleva a cabo persiguiendo un perfil ideológico deliberado? ¿Hasta qué punto las acciones legales de una parte en litigio no constituyen una amenaza para la neutralidad en la aplicación de la ley?,⁶ ¿Hasta qué punto los procesos de desafuero promovidos por el congreso contra determinados jueces no constituyen acciones legítimas o presiones indebidas a la independencia judicial? La subjetividad en la interpretación de hasta qué punto un determinado acto es coercitivo o legal es, en estos casos, ineludible, y el único modo de precisar las mediciones consecuentes consistirá en aportar argumentos que las justifiquen.

Todas estas aclaraciones no son más que para decir que el fenómeno de la independencia judicial está teñido de poder, pero no se identifica exclusivamente con él, puesto que también influyen elementos legales, axiológicos y de conducta estratégica. La aclaración es importante, de lo contrario incurriríamos en el error de identificar poder judicial con independencia judicial, como hacen algunos autores que pretenden medir el grado de independencia a través del efectivo poder de los jueces.⁷

Un modelo analítico de la independencia judicial

La independencia judicial se configura como un principio de argumentación y decisión, no como una cuestión de diseño institucional.⁸ Es decir, su marco referencial vincula directamente con actores políticos y actitudes, no con estructuras institucionales.

Como dijimos, podemos distinguir analíticamente dos dimensiones de la independencia judicial: una negativa y otra positiva. La primera consiste en la habilidad de evitar distintas fuentes de coerción y lealtades, mientras que la segunda consiste en la aplicación del derecho –y todas sus fuentes– en la resolución de un caso concreto. Es importante señalar, también, que esta bidimensionalidad del concepto es

⁶ Ejemplo de ello es el uso indebido de las quejas disciplinarias para atacar resoluciones judiciales que se consideran ilegales, cuando lo que se debería en esos casos es recurrir la decisión.

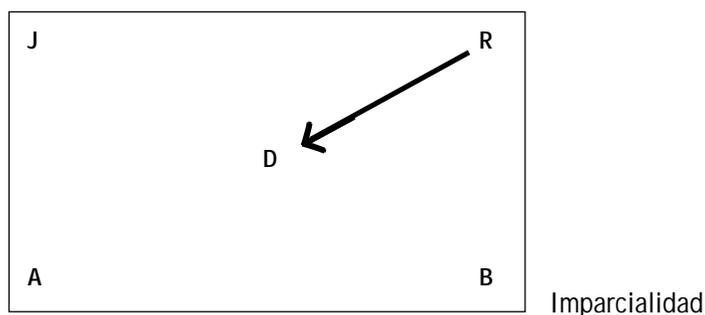
⁷ Por ejemplo, Becker (1970) que sugiere medir el grado de independencia de una Corte por medio del uso mayor o menor que se haga del control judicial de constitucionalidad. Una confusión de este estilo podría llevarnos a decir, por ejemplo, que la Corte Suprema chilena en tiempos de Allende se mantenía independiente por dictaminar la inconstitucionalidad de numerosas medidas de gobierno, cuando por otro lado respondía a intereses de sectores conservadores. En este caso, la Corte chilena era poderosa pero dependiente de otros sectores contrarios al gobierno.

⁸ En el mismo sentido, aunque hablando de “imparcialidad”, véase Schedler (2000: 390).

aplicable tanto a los sistemas regidos por el *common law* y los sistemas legales de origen continental, como a cualquier otro sistema de justicia regido por principios de equidad o por la costumbre. En ese orden, por "derecho" debe entenderse tanto la ley promulgada por el congreso o la legislatura –propia del sistema legal continental– como la regla del "precedente" –propia del *common law*–, así como los principios de equidad o las reglas consuetudinarias tenidas como norma en sistemas de justicia informales y que también pueden fundar una regla decisoria en sistemas legales cuando existen lagunas normativas.

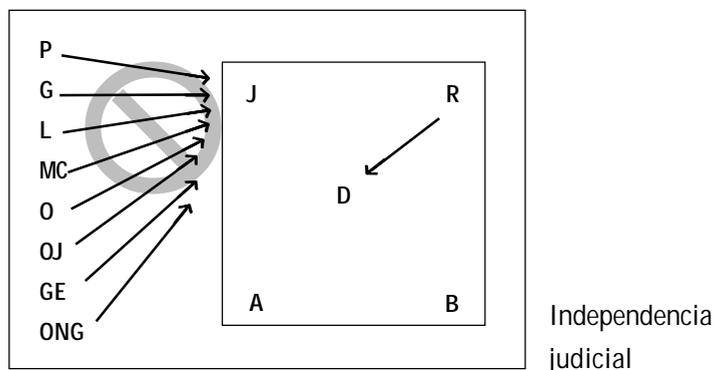
Analizadas estas dos dimensiones de un modo sistémico, podríamos representar a la independencia con base en un modelo cognitivo idealizado (Schedler, 2000: 391). Este modelo se compone de dos cuadrados: el primero podríamos por conveniencia denominarlo el cuadrante de la "imparcialidad", y el segundo el de la "neutralidad". Los dos, conjuntamente, formarían el modelo de la independencia. El primer cuadrante consta de cinco elementos: dos partes en conflicto, las que denominaremos A y B; un tercer actor externo al conflicto, al que llamaremos J (el juez), llamado a resolver la disputa de modo imparcial; cuarto, una regla o conjunto de reglas que permiten resolver el conflicto de modo más o menos predecible, y quinto, una decisión D (dictada por el juez) que cierra el caso de manera imperativa, y que determina a quién le asistía la razón jurídica (Schedler, 2000: 392). (Véase la figura 1.)

FIGURA 1



Fuente: Schedler (2000: 392).

Un segundo cuadrante estaría conformado por los sujetos analíticos que incorporamos en la dimensión negativa (con excepción de las partes): 1) medios de comunicación (MC); 2) gobierno (G); 3) poder legislativo (L); 4) grupos de poder económicos (GE); 5) organizaciones no gubernamentales (ONG); 6) órganos no jurisdiccionales del sistema de justicia (O); 7) otros jueces, especialmente sus superiores (OJ); 8) público general (P). De acuerdo con nuestro modelo ideal, estos sujetos no deberían interferir ilícitamente en el modo en el que un juez resuelve un caso concreto.

FIGURA 2

Fuente: elaboración del autor.

Han sido incluidos en un cuadrado aparte porque en la mayoría de los casos no constituyen “partes” del juicio, de allí que conviene denominar a este segundo cuadrado con el término “neutralidad”. Ambos cuadrados quedan representados de este modo (véase figura 2).

En este modelo ideal, el razonamiento imparcial y neutral entra como el mecanismo “causal” que lleva a J a decidir el caso de acuerdo con las reglas vigentes. Es decir, R se constituye como la causa exclusiva de D, excluyendo tanto los intereses de A y B, G, L, S, O y OJ, así como los intereses de J (en la gráfica, podemos ver esta relación representada por la flecha que une a R con D; cuando esta flecha parte de otra esquina de los cuadrantes, o del cuadrante exterior, estamos frente a una decisión parcial o no neutral, dictada no por reglas sino por intereses, injerencias indebidas o lealtades políticas). En el fondo, como sostiene Schedler (2000: 392), la independencia, concebida en su sentido originario, no es más que una metarregla: “la regla de seguir las reglas” (más adelante veremos brevemente que esta idea no es sostenible ni desde la teoría ni desde el análisis empírico, pero que esa circunstancia no nos impide construir un concepto de independencia enmarcado dentro de un contexto cultural concreto).

Las variables institucionales condicionantes de la independencia judicial

Ahora conviene hablar sobre las variables institucionales de la independencia, que constituyen las reglas del juego –formales o informales– mediante las cuales el fenómeno de la independencia tiene lugar. La distinción es de suma importancia, porque la mayoría de la literatura, comete el error de identificar este tipo de variables con el mismo concepto de independencia judicial.⁹ Como derivado de ello, existe un debate

⁹ Esto pudo deberse, como bien destaca Schedler (2000: 390) a que desde el principio el debate se centró en cuestiones de diseño institucional. El diseño institucional es

muy grande sobre cuál es el conjunto mínimo y suficiente de estas variables tendientes a evitar las injerencias indebidas en la resolución de los casos judiciales, debate a veces estéril y que sólo la investigación empírica podrá zanjar. Producto también de ello es la profusión de largos e inconexos listados sobre condiciones o componentes de la independencia judicial.

Conviene destacar que todas estas variables tienen un carácter instrumental, es decir, están sustentadas en hipótesis sobre condiciones facilitadoras de la independencia. Por ejemplo, se sostiene que el hecho de que el poder judicial elabore su propio presupuesto y determine sus necesidades, lo libra de cualquier injerencia proveniente de la manipulación de fondos económicos. En el mismo sentido, se afirma que la circunstancia de que los jueces tengan un sueldo digno los libra de las tentaciones de aceptar sobornos. Pero todas estas asociaciones no son más que hipótesis o generalizaciones de sentido común, algunas más evidentes que otras. Porque si el origen es "hipotético", si la virtualidad instrumental de estas condiciones no se encuentra contrastada empíricamente, *no es posible establecer a priori un listado mínimo suficiente de cuáles son esas garantías*, o lo que es lo mismo, no es posible delimitar el conjunto mínimo de variables que evitan las injerencias indebidas o las lealtades políticas y que aseguran la neutralidad en la resolución de un caso concreto.

Es ilustrativo dar una lectura a algunos de los listados más autorizados elaborados hasta el momento sobre este tema, observaremos que los autores difieren en los componentes a evaluar, en las garantías concretas, y que en todos ellos existen omisiones relevantes y solapamientos con otros listados.¹⁰ Se aduce, por ejemplo, que en la selección de los jueces no debe intervenir el gobierno. Sin embargo, la circunstancia de que los jueces sean elegidos por el gobierno no supone necesariamente que luego el juez decidirá los casos en función de las órdenes que reciba del ejecutivo (Toharia, 1999). En cualquier caso, esa circunstancia debe ser probada. Algunos estudios empíricos sugieren más bien lo contrario: en ciertos países que no cuentan con determinadas instituciones favorables a la independencia, es posible constatar un grado de independencia mayor (Salzberger, 1993; Salzberger y Fenn, 1999).¹¹

una cuestión que permanece vigente porque interesa a los políticos –que pretenden implantar reformas–, aunque no necesariamente a los politólogos –que ansían comprender la realidad política–.

¹⁰ Daremos un ejemplo: la existencia de procedimientos meritocráticos para la promoción de jueces es encasillada por Hammergren como una garantía tendiente a asegurar la "integridad" (Integrity) del poder judicial, mientras que ABA/CEELI lo ubica como una garantía que promueve la "independencia" (véanse los listados que exhibe Hammergren en *Diagnosing Judicial Performance*, 2001).

¹¹ Este argumento, por otra parte, es válido para cualquier asociación que postulemos, no sólo para la relación entre garantías formales e independencia. Por ejemplo, el "clima institucional" es un factor que, acaso comprendido dentro del concepto

En otro orden, en el seno de estas variables también es preciso distinguir entre reglas formales y prácticas informales. Es decir, no es lo mismo contar con determinadas reglas formales que el hecho de que esas reglas se cumplan efectivamente. En esa línea argumental, Feld y Voigt (2002) desarrollaron un trabajo en el que muestran que no existe relación significativa entre garantías formales y prácticas informales, y que algunos países que cuentan con provisiones constitucionales o legales protectoras de la independencia judicial, cuentan también con prácticas informales que la menoscaban. No queremos desconocer la capacidad instrumental de los arreglos institucionales; a los resultados que muestran Feld y Voigt se puede llegar, también, cuando los indicadores utilizados no son válidos o precisos.¹² Pero de cualquier modo estos trabajos son sugerentes porque nos alertan de que la relación entre garantías formales y prácticas informales no es del todo clara, lo cual nos estimula para calibrar nuestras mediciones en futuras investigaciones.

La incorporación de estas variables –formales o informales– al marco referencial del concepto es una cuestión que se debe decidir entre dos polos de un continuo: mayor o menor connotación. Si las incorporamos como atributos definitorios del concepto de independencia judicial, surge el interrogante de saber cuál es el conjunto preciso de reglas o prácticas informales que coadyuven a lograr la neutralidad en la aplicación del derecho (a menos que arbitrariamente estipulemos uno), es decir, ten-

de cultura política, en estructuras judiciales muy verticalizadas, impone calladamente ciertos apegos, determinadas actitudes y preferencias que recortan la independencia. También es posible afirmar que la eficiencia se encuentra vinculada instrumentalmente con la independencia judicial. Algunos autores sostienen que la independencia de los jueces requiere de un apropiado nivel de infraestructura que les permita llevar sus funciones sin depender demasiado de otras entidades o de juicios ajenos. Pero reconocida esta relación, ¿debemos incorporar a la eficiencia como factor asegurador de la independencia? Como agudamente señala Toharia: “todo puede, potencialmente, afectar a la independencia: un intento de reforma procesal, una simple reorganización de la oficina judicial, una nueva forma de retribución, o una evaluación del rendimiento” (Toharia, 1999: 23). Siguiendo una lógica ciega, deberíamos prohibir las reformas, o las reorganizaciones administrativas, o incluso imponer la incomunicación del juez en su comunidad, a fin de que no pueda ser persuadido, ni informado ni influido de ningún modo. Las aplicaciones radicales de esta lógica dan resultados tan absurdos que no merecen ningún comentario. Es posible enumerar una serie de condiciones más o menos legítimas que favorecen la independencia judicial, pero nunca sabremos con certeza si faltan algunas y cuáles son más importantes en la consecución de la misma, porque para saberlo deberíamos contrastarlas empíricamente.

¹² Recordemos que cuando la evidencia es contraria a nuestras hipótesis o enunciados, podemos concluir tres cosas: que la hipótesis es falsa, que las evidencias no fueron bien observadas o medidas, o ambas cosas (Blalock, 1986: 25). De allí la importancia de lograr observaciones y mediciones precisas y confiables.

dremos problemas para determinar la “connotación del concepto”. Si las dejamos fuera del marco referencial del concepto, podremos investigar si dichas variables operan como causas o condiciones facilitadoras de la independencia. Sugerimos mantener dichas instituciones como variables independientes y a la independencia como variable dependiente. Éste será el único modo de determinar el peso que tiene cada uno de estos factores sobre el resultado final. La independencia judicial no es un fin en sí mismo y supone una relación entre actores. Un poder judicial puede ser independiente, por ejemplo, en determinadas materias, pero dependiente en otras,¹³ o dependiente de determinados actores e independiente de otros. El estudio de la independencia en un país requiere un conocimiento cualitativo de los actores políticos y las materias de relevancia sobre las que se ejerce el poder. Su medición, por tanto, no puede abordarse válidamente de un modo agregado y global como por ejemplo comprobando que determinadas provisiones formales se cumplen en la realidad. Los entresijos por medio de los cuales las injerencias indebidas se llevan a cabo son múltiples y cambiantes, y no hay ni podrá haber un conjunto mínimo de reglas o prácticas que inmunicen a un sistema judicial contra estas amenazas.¹⁴ Proponemos, en cambio, que las variables

¹³ Ramseyer y Rasmusen (2001) señalan, por ejemplo, que el poder judicial de Japón revela un grado de independencia alto respecto de cuestiones impositivas o penales, pero no en casos concernientes al régimen electoral, al sistema de partidos o al régimen militar.

¹⁴ La imaginación humana es ilimitada y, como dice el proverbio, “hecha la ley, hecha la trampa”. Daremos algunos ejemplos de injerencias indebidas que no contaron, y en muchos casos no cuentan, con garantías formales preventivas capaces de evitarlas:

- Intervenir y cerrar el servicio de justicia por decreto.
- Decretar vedas judiciales, paralizándolo la actividad judicial.
- Transferir jueces a localidades no deseadas donde no pueden ejercer o cumplir adecuadamente sus labores.
- Asignar un presupuesto inadecuado a la justicia.
- Controlar el ministerio público fiscal y la policía.
- Decretar el estado de sitio.
- Sancionar –vía legislativa– amnistías, extinción de la acción penal para ciertos delitos, o la falta de responsabilidad penal cuando se cumplen órdenes de un superior.
- Recusar de mala fe al juez, alegando hechos falsos o irrelevantes con la causa.
- Cercenar competencias judiciales, vía legislativa.
- No incrementar el salario de los jueces cuando hay inflación.
- Interferir mediante la deficiente asignación de insumos para cumplir adecuadamente la tarea judicial.
- Reducir los años de retiro.
- Estipular jubilaciones de excepción para obtener el beneficio en un breve plazo, cumplido el cual deberán conformarse con la jubilación ordinaria. Esta medida tiende a provocar vacantes en los cargos judiciales.
- Reducir el salario de los jueces. En aquellos países donde ello está prohibido expresamente: retardar el pago, realizar descuentos jubilatorios forzosos, pagar en bonos, no indexar el sueldo en procesos inflacionarios.

institucionales se mantengan separadas del marco referencial del concepto, a fin de indagar cuál es la relación empírica de cada una de ellas con el mismo, y abordar su estudio en cada país con relación a los actores en juego. A dichas instituciones habrá que denominarlas de otro modo, proponemos el término “variables institucionales de la independencia judicial”, o “independencia institucional”.¹⁵

Resumiendo, las variables institucionales constituyen “condiciones instrumentales” que pueden coadyuvar al logro de la neutralidad en la aplicación del derecho a un caso judicial,¹⁶ y conviene analizar la independencia prestando especial consideración a los actores políticos. Ello no supone, sin embargo, que debamos renunciar a la constatación o medición de estas garantías, sólo supone que, de obrarse así, el concepto medido es otro, no el de independencia judicial (tal como aquí queda conceptualizado). Queda por contrastar, en cambio, si a partir de dichas mediciones puede inferirse causalmente la independencia, pero esto se tratará en la segunda parte.

En el cuadro 4 se presentan cada uno de los objetos de la dimensión negativa y algunas variables institucionales vinculadas con ellos, las que hemos clasificado por conveniencia del siguiente modo:

-
- Sancionar legislación retroactiva para revocar decisiones judiciales específicas.
 - Establecer un tiempo de prueba para la selección de jueces.
 - Manipular los juicios disciplinarios para remover o presionar jueces.
 - Incrementar o reducir el número de jueces dependiendo de las afiliaciones políticas.
 - Crear tribunales especiales para la solución de determinados casos.
 - No ejecutar debidamente las decisiones tomadas por los tribunales.

La lista puede seguir y habría que crear instituciones o salvaguardias nuevas cada vez que se descubra una forma de menoscabar la independencia de los jueces.

¹⁵ Otros términos posibles: independencia estructural (Salzberger, 1993) o independencia como garantía (Diez Picazo, 1992). No es posible dejar de citar a Luis Diez Picazo, cuya clasificación de la independencia judicial –desde el derecho–, es la más precisa y útil de todas las encontradas. Picazo distingue entre independencia judicial como función y como garantía. La primera se adecua, en lo principal, a nuestra definición, y refiere a la regla básica en virtud de la cual el juez, en ejercicio de su función, está sometido únicamente a la legalidad, es decir, al sistema de fuentes del derecho vigentes en el sistema jurídico al que pertenece. Por el contrario, la independencia judicial entendida como garantía, es un conjunto de mecanismos tendientes a salvaguardar y realizar esa función. De éste último concepto, distingue tres subespecies: 1) la independencia personal, que consiste en el conjunto de garantías que protegen al juez de eventuales presiones ejercidas por los otros dos poderes políticos del Estado; 2) la independencia colectiva, que consiste en el conjunto de garantías que protegen a la judicatura en su conjunto frente a los demás poderes del Estado, y 3) la independencia interna: que ampara al juez, en su individualidad, del resto de la judicatura judicial.

¹⁶ Algunos autores o instituciones aprueban este carácter instrumental: Shapiro (1981: 19-20); Kornhauser (2002); Toharia (1999), Wroblewski (1987), Binder (2001), USAID (2001), Diez Picazo (1992).

CUADRO 4**Variables institucionales de la independencia judicial:
indeterminación de su connotación**

Denominaciones tentativas	Algunas garantías: indeterminación
Garantías protectoras de la imparcialidad Juez ← → partes	<ul style="list-style-type: none"> - Recusación o excusación por motivos de interés personal en el caso. - Los salarios judiciales deben ser suficientes para llevar una vida digna. - Prohibición de ejercer actividades lucrativas. Otras.
Insularidad Juez ← → gobierno y legislativo	<ul style="list-style-type: none"> - Selección por méritos. - Inamovilidad. - Inmunidad. - Intangibilidad sueldo. - Prohibición de tener afiliación política partidaria. - Las decisiones judiciales sólo pueden ser revocadas por otro juez. - Otras.
Independencia interna Juez ← → otros jueces	<ul style="list-style-type: none"> - No conviene que los jueces inferiores sean juzgados disciplinariamente por sus superiores. - El juez superior debe resolver en el marco de su competencia material y temporal. Otras.
Independencia societal Juez ← → medios de comunicación, grupos de poder, ONG	<ul style="list-style-type: none"> - Los terceros no pueden presentar recusaciones. - No conviene televisar los juicios. Otras.
Autonomía funcional o independencia estructural Poder judicial ← → gobierno y legislativo	<ul style="list-style-type: none"> - El poder legislativo no puede crear y suprimir órganos o competencias cuando convenga políticamente. - Conviene que el alcance de la jurisdicción de los jueces esté garantizado en la Constitución, y que este alcance sea amplio (por ejemplo, que no existan tribunales administrativos o militares especiales). - Conviene que el poder judicial elabore y administre su propio presupuesto. Otras.
Validez y ejecutoriedad de las resoluciones judiciales Decisiones judiciales ← → gobierno y legislativo	<ul style="list-style-type: none"> - Las decisiones judiciales no pueden ser desconocidas por quienes deben ejecutarlas. - El poder ejecutivo no puede desconocer, mediante un acto posterior, lo resuelto por un juez. - Las decisiones judiciales se presumen válidas salvo prueba en contrario.

Fuente: elaboración del autor.

La dimensión positiva: algunos problemas analíticos

Como se mencionó, la vinculación entre el derecho, los hechos y el juez es el elemento implícito por el cual todas las demás exclusiones cobran significado. Preciso es destacar, sin embargo, que –teóricamente– esta vinculación se supone distinta dependiendo del origen del sistema legal que tengamos en cuenta. En efecto, el principio de independencia judicial en el sistema legal de origen continental fue formulado originariamente en conexión con la idea de que la función propia del juez es aplicar la ley, no crearla, ideología que está representada en la famosa frase de Montesquieu: “The judges are no more than the mouth that pronounces the words of the law, mere passive beings, incapable of moderating either its force or rigour”, Montesquieu (1748) 1988: 194. Fiel a esta teoría, el positivismo legal del siglo XIX argumentaba que el modo en que se llegaba a una decisión judicial era a través de un silogismo: una premisa mayor (norma general), una premisa menor (la constatación de un hecho), y una consecuencia (la sentencia). En cambio, en los orígenes del sistema del *common law* prevalecía la regla del precedente, tradición judicial que consiste en resolver un caso concreto mediante la aplicación de aquellas decisiones tomadas anteriormente por otros jueces en casos análogos.

La ideología aplicable a ambos sistemas es diferente. En la familia de sistemas jurídicos romano-canónicos (a la que pertenece prácticamente casi toda la Europa continental y América Latina) lo que se persigue es que los jueces no tengan ideología o, en todo caso, que ésta en nada se trasluzca. En cambio, en los sistemas de *common law*, los jueces son elegidos por sus ideas y para que las realicen (Toharia, 1999). Lo que de ellos se espera no es que no tengan ideas, valores o creencias, o que los escondan, sino que los expliciten y actúen de conformidad con ellos (Al respecto, véase el clásico texto de Merryman, 1971).

El proceso de aplicación ciega y mecánica de la ley propugnado por el racionalismo del siglo XVIII y el positivismo del siglo XIX no es más que un mito. Las críticas van dirigidas fundamentalmente al hecho incuestionable de que cualquier decisión judicial final se toma después de una serie de decisiones previas:

- a) Decisión sobre validez de la norma.
- b) Decisión sobre la interpretación de su significado.
- c) Decisión sobre validez e interpretación de la evidencia.
- d) Decisión sobre las consecuencias del encuadre de los hechos.
- e) Decisión sobre los argumentos racionales y evidencias que justifican todas las demás decisiones.

Eso significa, entonces, que la aplicación de la regla decisoria requiere la evaluación de una gama variada de elementos y con un margen de libertad de interpretación a veces muy grande. La justificación de la decisión final puede aparecer como

un razonamiento lógicamente encadenado (silogismo), pero eso no es más que un engaño; ella ha sido precedida de un sinnúmero de decisiones parciales relativamente libres. La interpretación del derecho, por tanto, no puede ser reducida a la mera descripción de una norma (premisa mayor) o un caso concreto (premisa menor), porque a pesar de que el juez dice seguir la norma, ésta siempre es de textura abierta, es decir, el juez siempre debe decidir entre varias posibilidades y ponderar los valores en juego. Muchos jueces creen fervientemente en el deber de sujetarse al significado de la ley, pero ésta casi nunca ofrece todas las alternativas posibles. Los jueces también tienen creencias respecto de las políticas públicas más convenientes, o experimentan necesidades humanas básicas, como la de ser estimado o la de tener poder. Todos estos factores influyen en el juez, incluso en los más legalistas.

La existencia de varias decisiones previas al arbitrio del juez es un argumento que plantea serios problemas al concepto de independencia judicial. ¿Cuáles son los factores que condicionan cada una de estas decisiones parciales? ¿Cuáles son los factores que explican las diferencias entre las decisiones judiciales en casos análogos?

Wroblewski ha distinguido tres grupos de factores condicionantes: a) actitudes epistémicas, b) actitudes axiológicas, y c) factores extraños o ad hoc (Wroblewski, 1987: 18). Las actitudes epistémicas conciernen a la forma en que un juez conoce la realidad relevante para su decisión. Estas actitudes determinan el conocimiento sobre los hechos y sus vínculos causales, así como el conocimiento del derecho, y vienen determinadas por reglas lógicas, epistemológicas y por el bagaje intelectual del juez. Las actitudes axiológicas conciernen, en cambio, a las valoraciones o principios que sigue el juez en cada decisión previa. Los factores ad hoc, por último, incluyen todo aquello que no puede ser incluido en las otras categorías. Es una categoría residual necesaria por nuestro limitado conocimiento del conjunto de actitudes que pueden condicionar la conducta y personalidad de las personas.

El contenido de las actitudes y su medición empírica es un campo que ha sido bastante frecuentado por la escuela del denominado “modelo actitudinal” (Spaeth y Segal, 1993). Dicho modelo concibe a la conducta judicial como fundamentalmente determinada por las “actitudes” axiológicas o los valores políticos subyacentes. Los estudios realizados aplicando este modelo (nomotético y monocausal) señalan que la identificación de los jueces con determinados valores o preferencias políticas es un predictor bastante fiable de la conducta judicial. Las implicancias teóricas de estos resultados, sin embargo, no han sido del todo profundizadas: constatado el vínculo entre preferencias políticas y conducta judicial, podemos preguntarnos ¿qué queda del derecho? Una respuesta apresurada nos llevaría a concluir que el derecho es un mito cuyo fin es encubrir el activismo político de los jueces. Es decir, los resultados de estos estudios nos obligarían a reconocer que la dimensión positiva de la independencia judicial (aplicación del derecho al caso concreto) se queda sin referente empírico y consecuentemente se convertiría, en calidad de concepto, en un concepto

abstracto y, en calidad de norma, en una norma de cumplimiento imposible: el juez sólo perseguiría sus preferencias.

Estos resultados empíricos no hacen más que revelar, en cambio, que la ley siempre permite un marco de posibilidades, más o menos abiertas, y que el juez decide en el marco de esas posibilidades persiguiendo determinadas preferencias. De allí a concluir que los jueces son siempre activistas políticos hay un largo trecho, porque para ello deberíamos controlar (cosa que no hacen estos estudios) si el juez se apega o no al marco de posibilidades decisorias que permite la norma en cada caso concreto.

La realidad parece estar más bien entre medios de esos dos extremos: el legalismo rígido frente a el activismo discrecional. Ni el juez es un títere de la ley ni es un manipulador fuera de control (a veces, sin embargo, prima un extremo sobre el otro). En el análisis de la independencia judicial se trata de saber, en cambio, cuándo la interpretación de la ley es tan absurda o tan manifiestamente contraria a su sentido, que permita inferir la falta de independencia judicial.

Para resumir estas disquisiciones, podemos decir que, a los fines de nuestra conceptualización, ambos contenidos (el derecho y las actitudes axiológicas) deben ser vistos como parte del correlato objetivo de la dimensión positiva, y ambos son determinantes fundamentales de la conducta judicial.

La independencia judicial no supone la neutralidad de las normas e instituciones

Más allá de esta supuesta tensión entre el juez que aplica ciegamente la ley y el juez activista político, no podemos negar que el interrogante sobre la independencia del juez se traslada al interrogante sobre la neutralidad de la ley, de las instituciones o de jerarquía de los valores culturales. Reconocido el hecho de que el juez persigue valores (los propios o los presupuestos en la ley), vale la pena preguntarse ¿son justos esos valores?; y por el contrario, si reconocemos que aplica estrictamente el derecho, es dable inquirir en el siguiente interrogante: ¿es neutral el derecho que se aplica? Estas preguntas son, sin lugar a dudas, ineludibles. La conceptualización que proponemos, en cambio, traslada la respuesta de estas preguntas al análisis de las instituciones y de la cultura. Para que se comprenda mejor, el concepto aquí propuesto se refiere a que el juez debe ser fiel a los significados posibles del derecho y a sus preferencias axiológicas, pero no supone que la aplicación sistemática del derecho y de esas preferencias lleve a resultados justos o equitativos. Lo que se trata de captar con este concepto de independencia es si existen propiedades "sistemáticas" en la resolución de los casos, es decir, si los casos siguen algún patrón previsible, pero no si esas propiedades sistemáticas determinan resultados justos. O, en otras palabras: de la independencia judicial no se sigue la neutralidad del derecho.

Shapiro ha escrito que cuando la función de los jueces pasa de ser un mero arbitrador o tercero imparcial que resuelve una disputa privada, a la de ser un "oficial"

representante del organismo encargado de ejercer el control social, se añade a la relación un interés que puede no coincidir con el de alguna de las partes y que de algún modo socava la lógica de la resolución de conflictos. Dicho interés, sea el de la ley, sea el propio del grupo al que pertenece el juez, puede estar asociado con determinados valores culturales o con determinadas políticas públicas y, por tanto, contravenir los intereses de las partes en conflicto.¹⁷ Es decir, el juez, sobre todo en aquellos casos en los que está involucrado el interés público de un régimen determinado, no es un juez apolítico o axiológicamente neutro. Sin embargo, el contenido axiológico o político concreto de las instituciones –o de los valores que el juez persigue– suele encubrirse mediante un discurso racionalista que atribuye una supuesta neutralidad axiológico-jurídica a las leyes o instituciones formales, manifestada por su carácter abstracto y general, su publicidad, y la circunstancia de que incluso los gobernantes se encuentran sujetos a las mismas. Pero no debemos engañarnos: la verdad es que la tan mentada neutralidad axiológica (no siempre evidente, por otra parte) no significa que no tenga ideología política a la cual servir. Para la ciencia política no hay derecho puro, neutral, ni apolítico. Probablemente no será “la ley en los libros” la fuente más fiable para saber cuáles son los intereses favorecidos o los valores defendidos por un sistema de justicia, sino “la ley en la acción” (véase al respecto el clásico artículo de Galanter, 1974). Pero, reiteramos, esta “parcialidad” de las instituciones, caracterizada por el hecho de que los resultados de la dinámica tienden a ser desiguales, puede convivir, desde nuestro punto de vista, con la independencia judicial tal como la hemos definido aquí. Es decir, el concepto que proponemos traslada el problema de la parcialidad de las instituciones a los encargados de legislar o a la cultura política dominante. Y puesto que la ideología política inmersa en las instituciones formales o en la cultura política es tema para otro enfoque, no nos extenderemos más sobre el asunto.

De acuerdo con estas consideraciones proponemos un concepto de independencia judicial inmerso dentro de una cultura concreta que es cimentada y continuamente reforzada por la función judicial. De este modo, los jueces ejercen un control social concreto promoviendo el consenso sobre el cumplimiento de determinadas instituciones, desalentando otras y, excepcionalmente, forzándolas. El concepto que proponemos no concibe al juez aislado de la cultura en la que vive o de sus convicciones éticas personales; pero tampoco concibe la idea del juez absolutamente discrecional y libre de ataduras legales. Ambos condicionantes –los valores y el derecho– forman parte de la dimensión positiva.

¹⁷

Shapiro aún va más allá y arriesga que los valores que en general persigue la justicia oficial y burocrática de los Estados nacionales, en todo tiempo y lugar, han consistido en servir a la clase alta y a los intereses nacionales más que a los intereses locales (Shapiro, 1981: 24).

Desde otro punto de vista, más normativo o reformista, una concepción empírica de este tipo tiene sus implicancias: la cultura política no debe ser vista como indeseable en cabeza de un juez, si esa cultura es sólida, estable, consistente a través del tiempo y no contradice flagrantemente el derecho vigente. Sólo cuando un juez actúa amenazado, sobornado, o cuando tiene intereses personales en el resultado del juicio, o simpatías preconcebidas hacia la identidad de alguna de las partes, podemos afirmar que dicho juez es dependiente. No podemos decir lo mismo, por el contrario, cuando decide conforme a valores que racionalmente defiende de modo estable y consistente a través del tiempo, y sus decisiones se enmarcan dentro de posibilidades de acción que razonablemente permite la interpretación del derecho vigente.

Pero aún es preciso hacer algunas precisiones. Admitido el añadido de los valores culturales dentro de las decisiones judiciales, no deberíamos caer en la tentación de dar un paso más adelante y especificar determinados valores concretos como pertenecientes a la noción de independencia. A nuestro entender, la noción de independencia es, por decirlo así, vacía de contenido axiológico, que admite diferentes valoraciones concretas dependiendo de las unidades de análisis que se tomen en consideración. No deberíamos confundir –en honor a la precisión– el concepto de independencia con otros atributos deseables del poder judicial (por ejemplo, que los jueces defiendan los valores pluralistas, o que defiendan un régimen político democrático). Estos atributos deberían permanecer separados del concepto.

Reiteramos, la independencia judicial, al ser un concepto desprovisto de contenido, no queda menoscabada por la expresión –a través de decisiones judiciales–, de una cultura concreta. Surge así un concepto que no pretende aislar al juez de la cultura en la que vive o de sus convicciones éticas personales, sino simplemente de las veleidades, los temores y las tentaciones provocados por eventuales amenazas, sobornos, intereses personales y lealtades políticas que ponen en riesgo la lógica subyacente de la resolución de conflictos por un tercero neutral.

La unidad semántica del concepto

Queda por último resaltar que ambas dimensiones no son autónomas, sino que forman dos caras de una misma moneda. En realidad, sólo la dimensión positiva tiene referente objetivo; la dimensión negativa no es más que una negación de la primera. De tal modo que si, en determinados análisis, inferimos la dimensión positiva, entonces deberíamos afirmar parejamente la ausencia de injerencias impropias. Si, por el contrario, inferimos o constatamos la injerencia de factores extraños en el proceso de decisión judicial, entonces deberíamos afirmar la ausencia de la dimensión positiva. Hechas estas aclaraciones, pasemos a la medición del concepto.

MEDICIÓN¹⁸

La independencia es un concepto que se refiere al hecho de que un juez interprete el derecho (dimensión positiva), libre de injerencias de las partes, de otros jueces, del gobierno, de la sociedad civil, entre otros, y sin sesgos subjetivos o lealtades políticas preconcebidas (dimensión negativa). Cualquiera de estas dos dimensiones es de naturaleza “invisible”. Se trata, como se ha dicho, de un auténtico concepto de “caja negra” (Schedler, 2000: 393), porque no podemos observar sus referentes objetivos: la mente del juez y su manera de razonar (dimensión positiva) están totalmente fuera de nuestra observación directa y sucede lo mismo con su contraparte (la dimensión negativa): las simpatías preconcebidas, las lealtades, coerciones o injerencias impropias en la aplicación de la ley rara vez son directamente observables (Kornhauser, 2002: 53). En cualquiera de los casos, habría que auscultar el pensamiento de los jueces, único modo de saber si al momento de decidir están coaccionados o responden a sobornos, a lealtades políticas, o a intereses extraños al de la ley interpretada. Todo esto puede ser sintetizado en las palabras de Salzberger: “the actual existence or degree of dependence or independence of judges is impossible to detect. It is something conscience or unconscience in the mind of judges” (Salzberger, 2001).

Con estas aclaraciones preliminares, podemos decir que el concepto de independencia judicial se refiere a un *hecho no observable*, de modo que puede ser caracterizado como un concepto no observacional: el único modo de constatarlo consiste en inferirlo de otras observaciones.¹⁹ Es decir, no queda más que recurrir a ciertos in-

¹⁸ Por medición en ciencias sociales entendemos el proceso mediante el cual determinados fenómenos son expresados en un lenguaje que los haga comparables. Dicho lenguaje debe, primero, especificar clases o magnitudes que puedan ser asignadas a las observaciones. Segundo, debe proveer reglas de interpretación empírica, es decir, criterios para decidir cuándo una observación puede ser asignada a una particular clase u otra. Tercero, debe ser uniformemente aplicable a todas las observaciones. Por último, debe especificar las relaciones entre las clases. Clasificar observaciones en categorías, ordenarlas, contar, son maneras de expresar las observaciones en el lenguaje de la medición (Przeworski y Teune, 1970: 93).

¹⁹ Esta circunstancia, como bien destaca Schedler (2000: 393), agudiza el problema de la validez de nuestras observaciones o indicadores. La validez de una medición refiere al hecho de que determinado indicador mide adecuadamente un determinado concepto. Es decir, consiste en relacionar de manera adecuada ideas con hechos (Collier y Adcock, 2001: 1), y que estos últimos se correspondan con los primeros. Sin embargo, sucede que aquí tenemos un concepto que no es directamente observable, de allí que nuestro problema es radicalmente diferente, y consiste en cómo relacionar determinadas observaciones con hechos no observables, o lo que es lo mismo, realizar inferencias. Las inferencias siempre son más débiles (en cuanto a la validez) que los indicadores directos, puesto que toda medición inferencial contiene componentes de error habida cuenta de que son interpretadas en términos probabilísticos (Przeworski y Teune, 1970: 94).

dicios o inferencias asociativas si queremos determinar la existencia (y, tal vez, el grado) de la independencia judicial.

Para ello es necesario interpretar esos indicios a la luz de determinadas hipótesis descriptivas o causales sobre la conducta judicial –basadas a su vez en generalizaciones de sentido común o en normas de conducta esperada– de tal manera que los datos puedan ser interpretados como consecuencias observables de tales hipótesis. Las hipótesis o proposiciones generales fundan, a su vez, reglas de inferencia, por las cuales las observaciones son interpretadas como indicadores de confirmación de tales hipótesis (para una explicación de la lógica de estas inferencias, véase Przeworski y Teune, 1970).

En los apartados que siguen se expone, brevemente, cada una de estas hipótesis y reglas de inferencia que –aunque no siempre explícitas– es posible encontrar en la literatura sobre medición de la independencia judicial, señalando las virtudes y falencias de cada método para la investigación social. Resulta oportuno destacar, de manera general para todos estos métodos, que la validez de estas inferencias es una cuestión problemática (cuestión que, por otra parte, afecta a numerosos conceptos de las ciencias sociales), habida cuenta que la interpretación del indicador como manifestación del concepto no observado siempre lleva un margen de error. Esta debilidad no puede ser suprimida, porque para establecer la validez de estos indicadores indirectos deberíamos obtener mediciones directas del concepto de independencia judicial y correlacionarlas con los primeros (esta operación se denomina *criterion validity*). Como ello no es posible –puesto que la independencia judicial no puede ser observada directamente–, al menos podemos reducir el error tomando algunos recaudos: explicitar correctamente las proposiciones generales o hipótesis, las consecuencias observables y la regla de inferencia (silogismo inferencial); asegurarnos que dichas proposiciones generales o hipótesis sean aplicables a todo el universo a medir (es decir, que sean equivalentes para cada caso), y que las mediciones sean confiables (es decir, que las mediciones sean consistentes indiferentemente de los objetos a medir). En las páginas que siguen trataremos de abordar estos desafíos. Pasemos ahora a los métodos de medición de la independencia judicial.

Métodos para medir la independencia judicial: inferencias

El análisis de la consistencia jurídica:

Evaluación la congruencia entre las decisiones de un juez con las normas (inferencia de la dimensión positiva).

En general, se puede decir que los jueces tienen la obligación de aplicar el derecho formal. Esta obligación, atribuible fundamentalmente a los sistemas jurídicos continentales, puede fundar una hipótesis empírica, que puede ser formulada de este modo: “el juez independiente resuelve el caso de conformidad con el marco de posi-

bilidades decisorias que se derivan de la interpretación de la norma". Esta hipótesis puede, a su vez, servirnos para derivar consecuencias observables. Lo que observamos puede consistir en las decisiones y los argumentos de un juez, que casi siempre van escritos en una resolución judicial. Esta observación podría permitirnos inferir la parcialidad o ausencia de independencia del juez, cuando las decisiones "no coincidan", con lo que creemos que exige la ley. Se trata, entonces, de comparar las sentencias con el texto normativo: si dichas decisiones verifican lo que pensamos que es la solución correcta que da la ley, podemos tomar esa coincidencia como una evidencia de que el juez se conduce de modo independiente. Cuando ello no se verifique, podríamos tomar esa divergencia como una señal de que podrían existir sesgos de parte del juez. Tenemos así formulados los componentes del silogismo inferencial:

- Proposición general: "el juez independiente resuelve el caso de conformidad con el marco de posibilidades decisorias que se derivan de la interpretación de la norma".
- Consecuencias observables (indicador de confirmación): "la sentencia se corresponde con el marco de posibilidades decisorias que creemos que permite la norma".
- Regla de inferencia: "todas las sentencias que se correspondan con el marco de posibilidades decisorias que creemos que permite la norma, es probable que hayan sido dictadas por un juez independiente".

Indicador (de refutación): la decisión "no coincide" con lo que creemos que exige la ley.

Un problema de este método, señalado por Schedler (2000: 395) radica en que es posible encontrar decisiones bien fundadas que responden a intereses espurios al de la ley, y decisiones débilmente fundadas dictadas por un juez independiente. Ello significa, como dijimos que sucede con cualquier inferencia, que este método no provee de certezas absolutas, aunque sí puede servir para establecer ciertos indicios. En general, es razonable conjeturar que un actor competente y respetuoso de las reglas no termine contraviniéndolas de manera abierta y sistemática (Schedler, 2000: 395).

Sin embargo, una comparación de este tipo requeriría, primero, de evaluadores que tengan una formación adecuada capaz de determinar la consistencia jurídica de las decisiones judiciales, con lo cual incorporamos el problema de los sesgos subjetivos de evaluación. Además, postula que la ley tiene un significado bastante preciso que permite una única solución, o al menos un marco de posibilidades decisorias claro, cosa que como hemos apuntado más arriba, en la generalidad de los casos no sucede. Suponiendo que la ley fuera precisa, requeriríamos contar con alguien que se encuentre jurídicamente mejor formado que los jueces en la función de interpretar la ley, lo cual puede ser factible, pero habitualmente no lo es. Otra dificultad radica en la "validez" de nuestras inferencias. La detección de inconsistencias jurídicas pue-

de indicar bien un juez corrupto, pero también un juez ignorante de la ley. Esta última dificultad puede superarse mediante el análisis de varios casos. La hipótesis subyacente consistiría, de acuerdo con esta última solución, en que un juez, sea jurídicamente competente o no, debe decidir los casos análogos de un modo análogo (Schedler, 2003: 11).

Por otra parte, también el dominio de validez de la proposición es limitado: sólo es atribuible a los sistemas jurídicos formales; quedaría fuera del análisis, entonces, el sistema del *common law* y otros sistemas de justicia informales.

El principal problema de este método radica en que el texto de la ley es siempre de textura abierta. La idea del sistema legal como un conjunto de reglas claras, específicas, congruentes, completas y conocidas, es un mito del racionalismo dieciochesco y el positivismo decimonónico que, aunque sigue vigente en nuestra concepción del derecho (Schedler, 2000: 392), no resulta realista a la hora de comparar sentencias sobre ese mito ni de fundar ningún análisis empírico válido. Siguiendo con el modelo propuesto por Schedler, la realidad parece ser más bien que la regla R ya no opera como un mecanismo causal sino como un material que permite muchas posibilidades de decisión. Su aplicación, en esta concepción crítica, deja de ser mecánica para volverse "creativa" (393), de allí que, la mayoría de las veces no podemos determinar con firmeza cuál es el verdadero y único significado de la ley aplicable. Esto último desalienta aún más el uso de este método.²⁰ Sólo es aconsejable fundar inferencias sobre este método cuando el significado de la ley es claro y preciso y su violación flagrante, de modo que no arroje ninguna duda sobre la falta de independencia del juez. Y es precisamente a partir de estos casos manifiestos que podemos decir que la ausencia de independencia se percibe mejor que su existencia, y ésta se percibe mejor aun en los casos paradigmáticos.²¹

El análisis de la consistencia axiológica

La evaluación de la congruencia de las decisiones personales con las preferencias de cada juez (inferencia de la dimensión positiva).

Cuando el significado de la ley es vago o ambiguo, o cuando se trata de casos de difícil encuadre jurídico (*hard cases*), no existe modo de analizar la consis-

²⁰ Tal es así que el mismo Schedler, quien aconseja el uso de este método cuando las leyes son minuciosas y dejan un margen muy estrecho de posibilidades decisorias, no lo lleva a cabo en su estudio sobre la imparcialidad del Instituto Federal de México, a pesar de que afirma que las leyes electorales, en general, son las que menor margen de arbitrariedad permiten al juzgador (Schedler, 2000).

²¹ Por ejemplo, cuando la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ordenó recientemente que debía inscribirse la candidatura del general Ríos Montt, mediante una interpretación casi absurda del texto constitucional, no cabe duda de que ese órgano exhibe falta de independencia.

tencia jurídica de las decisiones judiciales. Más allá de que siempre la ley permite múltiples alternativas, existen leyes más precisas que otras. Y aun a falta de leyes claras, puede que los jueces apliquen reglas que reduzcan la incertidumbre decisoria, como sucede cuando acuden a la jurisprudencia, a la costumbre o a la doctrina. No obstante, la realidad judicial nunca es estática y siempre se presentan casos que no se encuentran en las fuentes del derecho. Cuando se dan estas condiciones, surge el problema de determinar cómo resolver un caso, sobre qué bases un juez debe tomar una decisión. En estas situaciones, la lógica de la argumentación, en vez de determinar la solución jurídicamente correcta, sólo señala un marco de soluciones permitidas. De allí que cualquier decisión que tome sólo tiene una única exigencia: que justifique racionalmente su decisión, utilizando argumentos lógicos y axiológicos.²²

De acuerdo con estas premisas podemos estipular la siguiente proposición general: “cuando existen lagunas normativas, el juez independiente resuelve el caso de acuerdo con valores que racionalmente defiende”. Siguiendo con la misma lógica

²²

Esta exigencia, cabe recordar, no es más que un corolario de la filosofía moderna, base de la democracia y los Estados liberales. Vale recordar que el Iluminismo, al desechar tanto a la intuición como a la revelación dentro del debate político, institucionaliza a la razón como instrumento primordial de organización social. El lazo entre la democracia y la perspectiva racionalista y universalista del Iluminismo es tan fuerte que no podemos rechazar una sin desdeñar la otra. En principio, ni la intuición ni la revelación deberían fundar explícitamente ninguna decisión pública concreta. Es preciso argumentar, y en su caso, probar (ello sin perjuicio de que muchas personas aparenten argumentar con razones cuando en realidad están movidas por oscuras intuiciones). Sin embargo, la realidad es más bien diferente. Las decisiones políticas (entre las que se encuentran las judiciales) suponen, además de juicios descriptivos y explicativos sobre el mundo empírico y juicios instrumentales, juicios morales. Pensemos, por ejemplo, en aquellas decisiones que disponen la prohibición o permisión del uso de armas, la asistencia médica pública, la prohibición del aborto: todas ellas requieren implícita o explícitamente formular juicios de carácter moral, además de instrumentales y descriptivos. ¿Es posible llegar a una decisión de este tipo únicamente basándose en el conocimiento racional y empírico? Cuando lo que está en discusión son los fines y los valores, ¿sobre qué bases decidir? La mayoría de los filósofos de la moral sostienen que no podemos alcanzar juicios morales absolutos, válidos en el plano intersubjetivo y objetivamente verdaderos. De acuerdo con esta filosofía, el relativismo moral e ideológico es, entre todas las concepciones del mundo, la que lleva implícita la idea de democracia: quien crea que la verdad absoluta y los valores absolutos son inaccesibles a la condición humana debe procurar no tener en cuenta su propia opinión sino también la opinión de los demás. De ello se deriva que la única obligación de todo actor capaz de tomar una decisión colectiva (por ejemplo, el juez) consiste en considerar todos los argumentos y sopesar equitativamente los valores en juego. Ello supondría, por otra parte, cierta consistencia axiológica de parte del juez en la solución de casos análogos.

expuesta en el primer método, esta proposición nos permitiría derivar consecuencias observables: cuando existen lagunas normativas, el juez debería exhibir una continuidad valorativa estable en la resolución de casos análogos. Es decir, en situaciones de incertidumbre legal una alternativa para analizar la independencia judicial consistiría en comparar sistemáticamente las decisiones de cada juez para ver si, además de contar con argumentos lógicamente concatenados, coinciden con sus actitudes axiológicas, valores o ideología mantenidos a través del tiempo en la solución de casos análogos. Descartada la idea de que el juez aplica “mecánicamente” la ley, queda en vigor entonces la noción de que el juez “decide” de modo relativamente libre, con un margen mayor o menor de arbitrariedad (dependiendo del texto legal). Ese margen de libertad no significa que el juez decide en el vacío, sino que acude a otros factores extralegales para resolver el caso. Esos factores pueden ser de diversa naturaleza, pero los que aquí importan, los únicos legítimos a falta de otras fuentes del derecho, vienen dados por las leyes de la lógica y los “valores”. Sin entrar a analizar el contenido concreto de esos valores, podríamos postular un modelo ideal en el que los valores se mantienen fijos y constantes a través del tiempo. En este modelo, el juez debería resolver los reiterados casos análogos que se le presentan en congruencia con sus preferencias axiológicas. Postulada esa premisa, se deduce lo siguiente: no deberíamos encontrar diferencias relevantes o cambios bruscos en las concepciones o decisiones de un juez en materias donde los valores en juego son los mismos. Cualquier cambio de este tipo podría ser “sospechoso” de parcialidad o dependencia. Formulamos seguidamente los componentes de esta inferencia:

- Proposición general: “cuando existen lagunas normativas, el juez independiente resuelve el caso de conformidad con los valores que racionalmente defiende”.
- Consecuencias observables (indicador de confirmación): “la frecuencia de sentencias dictadas en la resolución de casos análogos exhibe un patrón axiológico común”.
- Regla de inferencia: “todos los casos análogos que exhiban un patrón axiológico común en la resolución de los mismos en condiciones de incertidumbre normativa, es probable que hayan sido resueltos por un juez independiente”.
- Indicador (de refutación): la frecuencia observada no exhibe un patrón axiológico estable.

Los problemas que presentaría un tipo de medición como ésta radicarían, en primer lugar, en que exige un estudio cualitativo y profundo de un número suficiente de casos judiciales, además de que requiere evaluar cuándo esos casos se resuelven en condiciones de incertidumbre normativa. Por otro lado, también el campo de los valores es de suma indeterminación y sujeto a muchas interpretaciones. Deberíamos saber cuáles son los valores que un juez defiende y la jerarquía que da a los mismos. Hasta ahora no conocemos

a ningún juez que haya fijado un listado semejante para darlo a la publicidad y que se someta a él implacablemente. Y aunque se pudiesen determinar con firmeza cuáles son los valores en juego, siempre existirán hechos de difícil encuadre (hard cases).

Un estudio de este tipo es el que ha realizado Roberto Gargarella sobre la Corte Suprema de Justicia de Argentina durante el periodo 1990-1997. En dicho estudio Gargarella analiza los patrones axiológicos de los magistrados argentinos a través de sucesivos casos, llegando a la conclusión de que la Corte mantuvo a través del tiempo una consistencia axiológica estable, calificada por dicho autor como de una concepción “conservadora y perfeccionista”. Si aplicamos la lógica de nuestra inferencia, la continuidad axiológica descubierta por Gargarella nos permitiría entonces inferir que la Corte exhibió una cierta independencia durante todo ese periodo. Lo sorprendente de esta conclusión, sin embargo, es que contradice la percepción de la sociedad civil y los resultados arrojados por otros análisis empíricos.²³ Habiéndose constatado que la Corte mantuvo una continuidad valorativa estable, ¿podemos inferir la independencia de dicha Corte? La interpretación del hallazgo de Gargarella es difícil, puesto que, además de ser continuos y estables, los patrones axiológicos que fundaban las decisiones judiciales coincidían con los del poder político. En casos así, ¿cómo saber si las decisiones fueron consistentes o más bien respondían a las del poder político? Sólo acudiendo a otras vías de medición podremos saberlo.²⁴

El análisis de la legalidad del proceso (inferencia de la dimensión positiva)

Es obligación de los jueces llevar adelante el proceso judicial de acuerdo con normas preestablecidas. El hecho de que un proceso sea sustanciado en clara violación de las garantías del debido proceso puede ser utilizado como un indicador que permite inferir la deshonestidad del juez (ejemplos: el hecho de que al imputado o procesado por un delito no se le permita ver a su defensor, el hecho de que la policía deshaga prue-

²³ Otros estudios, partiendo desde una metodología completamente diferente, como veremos más adelante, presentan datos indicativos de una clara dependencia política (mientras duró la certidumbre de que el poder político seguiría en el poder) de la corte Argentina. Véase Helmke (1998).

²⁴ Gargarella parece haberse dado cuenta de esta contradicción y la resuelve de este modo: “La Corte ampliada no ha actuado, en el periodo bajo estudio, como una mera boca orientada a hablar con la voz del Ejecutivo. La Corte –según hemos desarrollado– ha desarrollado una concepción propia que ha impregnado la mayoría de sus fallos. Decir esto no se contradice con la idea según la cual, en aquellos casos en donde el Poder Ejecutivo tuvo un interés muy fuerte por alguna solución particular, la Corte tendió a adoptar la decisión preferida por el poder político” (Gargarella, 1998: 454). El problema, vale notarlo, es que da pruebas sólidas de la primer afirmación pero no de la última. Otros estudios (Helmke, 1998) terminarán por aportarlas.

bas relevantes con la aprobación del juez, el hecho de que el juez supiera que los testigos habían declarado bajo amenazas o sobornados, etc.). De acuerdo con esto, podríamos estipular las siguientes componentes de la inferencia:

- Proposición general: “el juez independiente lleva adelante el juicio cumpliendo las garantías del debido proceso”.
- Consecuencias observables (indicador de confirmación): “el juicio se lleva a cabo cumpliéndose con las garantías del debido proceso”.
- Regla de inferencia: “todos los juicios que se llevan a cabo cumpliéndose con las garantías del debido proceso es probable que hayan sido sustanciados por un juez independiente”.
- Indicador (de refutación): en el juicio observado existen violaciones a las garantías del debido proceso.

El problema de esta inferencia radica en su validez. Muchas veces, todas estas violaciones al debido proceso, a menos que sean flagrantes, suelen suceder sin el conocimiento del juez. Si así fuera, esos hechos no podrán valer como indicadores de la falta de independencia judicial, sino que valdrán más bien como indicadores de la corrupción de otros órganos del sistema de justicia: fiscales, policía, defensores, empleados administrativos y otros. No conocemos ningún estudio empírico que utilice esta vía para inferir la independencia judicial.

Comparación estadística entre resultados y preferencias (la inferencia de la dependencia judicial)

Dijimos que el vínculo que unía a los sujetos de la independencia judicial era el poder, o más propiamente, la ausencia de poder “ilegítimo” sobre el juez o el poder judicial de los demás actores (gobierno, legislativo, partes, organizaciones privadas, etc.). El poder se puede definir como la relación causal entre preferencias y resultados (Dahl, 1963; Cameron, 2002: 135). En otras palabras, un actor A tiene poder sobre otro actor B cuando se desea un resultado particular y logra que B se conduzca de tal modo que obtiene ese resultado. Aplicado a la independencia judicial, significa que ningún otro actor que no sea el propio juez puede determinar el resultado deseado en un caso concreto. Aplicado este argumento a la realidad, tenemos lo siguiente: si pudiésemos determinar o conocer las preferencias de ciertos actores en determinados casos judiciales, así como las preferencias de los jueces, e hiciésemos una comparación estadística entre esas preferencias y los resultados obtenidos en una cantidad de casos suficiente para inferir generalizaciones, podríamos constatar si existe o no una relación de poder entre esos actores y el juez. Daremos el ejemplo proporcionado por Cameron (2002, p.134) para ser más didácticos:

Tenemos tres actores: A, B, y J (juez), y dos resultados o contenidos de sentencias: 1 y 2. Se postula que cualquier otro factor influyente en el resultado, como las actitudes axiológicas del juez, los hechos y las leyes se mantienen constantes, de

modo que permiten la comparación. En el cuadro 5 tenemos la siguiente secuencia de preferencias y resultados.

CUADRO 5

Observación	A prefiere	B prefiere	J prefiere	R: decisión judicial o resultado del juicio
1°	1	1	1	1
2°	1	2	1	1
3°	2	1	2	2
4°	1	2	2	2

Fuente: elaboración del autor.

Supongamos que tenemos únicamente la observación N° 1. Con ella no podemos inferir ningún vínculo entre A, B y J. Ahora agregemos la observación N° 2. En ésta puede observarse que B no tiene poder sobre el resultado, pero aún resta saber si lo tiene A. Si al análisis le incorporamos las otras dos observaciones, podemos ver que A tampoco tiene poder sobre el resultado. A medida que aumentemos las observaciones, y mientras mantengamos constantes las demás variables intervinientes, la relación entre preferencias y resultado podrá ser determinada con mayor precisión. Si la relación entre J y R es significativa, podemos concluir que el juez es independiente y que no ha sido influido por otros actores. Si, en cambio, la relación es significativa sólo entre A y R, entonces podemos inferir que existe una relación de dependencia entre J y A.

Es decir, si examinando la correlación entre las decisiones de J y los intereses de las partes u otros actores, encontramos que las decisiones coinciden sistemáticamente con las posiciones de determinado actor, podemos inferir cierta probabilidad de que no se hayan tomado independientemente. Hacemos explícitos seguidamente los componentes de la inferencia:

- Proposición general: “el juez *dependiente* tiende a resolver los casos a favor de los sujetos que ejercen injerencias impropias”.
- Consecuencias observables (indicador de confirmación): “la frecuencia observada de casos resueltos registra una tendencia a favorecer a determinadas categorías de sujetos”.
- Regla de inferencia: “el conjunto de los casos resueltos que registre una frecuencia tendiente a favorecer a determinadas categorías de sujetos, probable hayan sido resueltos por un juez dependiente de los mismos”.
- Indicador (de refutación): la frecuencia observada no registra una tendencia clara a favorecer a determinadas categorías de sujetos”.

En el cuadro 6 mencionaremos algunos ejemplos de estas aproximaciones en la literatura contemporánea:

CUADRO 6

Problemas de medición

Nombre	Unidad de análisis	Método	Muestra
González Casanova (1974)	Corte Suprema México	Cuantitativo	3.700 amparos contra del Estado.
Schwartz (1973)	Corte Suprema México y USA	Cuantitativo	108 amparos contra el partido de gobierno.
Salzberger (1993)	Corte Apelaciones Reino Unido	Cuantitativo	Decisiones a favor y en contra del gobierno.
Helmke (1998)	Corte Apelaciones Argentina	Cuantitativo	Casos en los que el Estado es parte o en los que se trata la constitucionalidad de un decreto.
Merino (1999)	Tribunal Electoral México	Cuantitativo	Decisiones a favor y en contra de los partidos y del Consejo Electoral.
Salzberger y Fenn (1999)	Corte Apelaciones Reino Unido	Cuantitativo	Decisiones a favor y en contra del gobierno
Ramseyer y Rasmusen (2001)	Poder judicial Japón	Cuantitativo	Decisiones a favor y en contra del gobierno.
Rattner y Salzberger (2000) Salzberger (2001)	Corte Apelaciones Israel	Cuantitativo	Decisiones a favor y en contra del gobierno.

Fuente: elaboración del autor.

Este tipo de técnica de medición adolece de algunos inconvenientes.

- En primer lugar, necesitamos recoger una muestra representativa de casos que nos permita generalizar los resultados. Esto supone una labor de investigación y de recogimiento de datos muy grande y, a veces, costosa.
- En segundo lugar, necesitamos determinar las preferencias reales de los actores, lo cual la mayoría de las veces es imposible. En muchas ocasiones, ni siquiera es posible observar la existencia de estos actores en la relación causal, puesto que no sólo se trata de conocer la injerencia indebida de las partes, sino también de terceros ajenos al proceso. Y si bien las preferencias de las

partes son de fácil observación porque están expresadas en escritos y documentos, no sucede lo mismo con las de los actores extraños al proceso, cuyas influencias casi nunca se hacen visibles. Por si fuera poco, deberíamos saber también cuál es la preferencia real del juez (y no meramente la expresada o inferida en la sentencia, decisión judicial o resultado del juicio), cosa que tampoco sabremos a menos que logremos penetrar en sus pensamientos.

De allí que, si aún quisiéramos medir la independencia mediante este método, deberíamos acudir a inferencias mucho más débiles, por ejemplo, teniendo en consideración exclusivamente las preferencias de A, B o cualquier otro sujeto. Pero en este caso, nunca sabremos si los resultados responden a las verdaderas preferencias axiológicas de J porque no habremos controlado esta variable. No se trata sólo de saber si J tiende a dictar sentencias a favor de las preferencias de B, se trata de saber también si lo hace en razón de injerencias indebidas, intereses personales o simpatías preconcebidas a favor de determinados actores.

- El tercer problema, y tal vez el más importante, es que hay evidencias muy fuertes para conjeturar que la variación de los resultados del juicio no sean exclusivamente producto de las injerencias impropias, y que sean explicables por otras variables alternativas que no se han tenido en cuenta, como la legalidad de la acción que se impugna o su relevancia institucional.²⁵ Es decir, el hecho de que determinado porcentaje de sentencias haya sido en favor de cierto actor (por ejemplo, sentencias a favor del Estado), no prueba la dependencia del juez, porque bien podría significar que dicho actor tiene razón, es decir, que se conduce legalmente.²⁶ Pero, ¿cómo evaluamos la legalidad de la conducta? Necesitaríamos, otra vez, de personas con una formación jurídica igual o superior a la del propio juez para determinarlo caso por caso. Helmke propone observar si la corte o el tribunal superior falla sistemáticamente a favor de determinado actor “revocando” una sentencia de un tribunal inferior que decidía en su contra. Esto, para dicha autora, podría constituir un indicio de “dependencia” de la corte más fuerte que la mera relación de sentencias dictadas a favor o en contra. Es oportuno destacar, sin embargo, que este indicio no nos serviría para analizar jueces de

²⁵ Mediciones que presentan estos problemas: González Casanova (1970); Schwartz (1973); Salzberger (1996); Salzberger y Fenn (1999); Rattner y Salzberger (2000).

²⁶ El hecho de que un juez decida sistemáticamente a favor de cierto actor puede significar, simplemente, que dicho actor tiene razones jurídicas válidas para actuar como lo hace, y que las partes que impugnan o cuestionan su conducta lo hacen de manera temeraria e infundada.

primera instancia. Este indicador, vale apuntarlo, se basa en una hipótesis estocástica: dos opiniones tienen más probabilidades de acertar que una sola. Sin embargo, desde el momento en que la ley permite varias posibilidades, la hipótesis resulta de difícil contrastación. El control de la variable "legalidad de los hechos", ciertamente, constituye la mayor debilidad de estos estudios.

- La relevancia de los hechos también es un factor que debe tenerse en cuenta: no es lo mismo que un juez decida desfavorablemente un caso en donde el Estado sólo tiene un interés formal, que en un caso de relevancia institucional (Rossen, 1987: 12; Larkins, 1996: 617; Helmke, 1998: 9). Eso significa que deberíamos observar también la relevancia del caso para constatar si existe dependencia o independencia. De los estudios expuestos arriba, sólo el de Helmke²⁷ controla de un modo muy innovador esta variable.²⁸
- En cuarto lugar, en casos donde la identidad de los actores es la misma (por ejemplo, el Estado en materia contencioso-administrativa, en casos concernientes a la constitucionalidad de decretos, o cuando el Estado es parte)

²⁷ Helmke investigó la independencia judicial de la Corte Suprema argentina respecto al poder ejecutivo durante el periodo 1976-1995, y seleccionó aquellos casos en donde el gobierno era parte o donde se discutía la constitucionalidad de algún decreto. En una primera aproximación (sin control de las variables), constató que la Corte había decidido en contra del gobierno en un porcentaje mayor durante el régimen militar (37%) que durante el gobierno de Alfonsín (33,8%) o el gobierno de Menem (27,7%). Introduciendo las variables de control, Helmke descubre que la relación varía significativamente. En casos de relevancia institucional, la Corte decidió un 51% en contra del Estado durante el régimen militar, un 43,9% durante el gobierno de Alfonsín, y un 31,7% durante el gobierno de Menem. En casos decididos a favor del Estado, cerca la mitad de las decisiones se explican por la legalidad de las acciones del Estado durante el régimen militar y el gobierno de Alfonsín, mientras que durante el gobierno de Menem la proporción se reduce a un cuarto (Helmke, 1998: 10), vale decir, tres cuartos de los casos podrían ser explicados, con cierta probabilidad, con base en la dependencia de la Corte.

²⁸ Para medir la relevancia del caso, Helmke toma como parámetro el hecho de que los jueces de la Corte expresen de modo individual y acabado sus argumentos y no adhieran simplemente a lo argumentado por otro, o el hecho de que existan votos en contra y a favor. La hipótesis subyacente es que la expresión acabada de los argumentos constituye una señal de la relevancia del caso. Los jueces trabajan en condiciones de tiempo limitadas en relación con la carga de trabajo, y sólo en cuestiones muy importantes volcarán su esfuerzo para expresar consistentemente sus argumentos o para disentar de lo expresado por otros jueces. Vale apuntar, sin embargo, que la hipótesis no está del todo confirmada: Kluger (1976), Epstein y Knight (1998) aportan evidencias que permiten inferir que en casos de relevancia los jueces tienden a tomar decisiones unánimes, mientras que otros estudios empíricos más recientes (Epstein y Segal, 2000: 7) aportan evidencias contrarias.

esta aproximación metodológica es más accesible; no sucede lo mismo, en cambio, cuando pretendemos medir la independencia judicial respecto de otros actores (por ejemplo, empresas privadas nacionales o extranjeras, fuerzas armadas, instituciones religiosas, etc.). La búsqueda de casos –en los que algunas de estas partes se encuentren involucradas– dentro de la gran variedad de jurisdicciones existentes, supone otra vez un esfuerzo de investigación muy grande y que puede consumir mucho tiempo. Además, si bien no habría problemas para constatar la identidad de las partes, deberíamos encasillar dicha identidad en categorías más generales como por ejemplo: “empresas privadas nacionales”, “empresas privadas extranjeras”, “militares”, o categorías análogas dependiendo del vínculo que investiguemos. Sin embargo, existen categorías que podrían ser utilizadas pero de las que difícilmente contamos con la información relevante (por ejemplo: el perfil socioeconómico de las partes, su religión, su nivel educativo, etc.). Generar datos sobre el perfil sociológico o ciertas características genéricas de los litigantes no es imposible, pero supone, sin lugar a dudas, un esfuerzo aún mayor.

- No podemos postular que la independencia judicial sea un fenómeno monolítico. La constatación de que determinado tribunal, por ejemplo, sea dependiente de determinados actores políticos no nos permite aplicar ese resultado a todo el universo de los jueces de un país. Eso significa, por tanto, que a menos que tomemos una muestra representativa, o que lo justifiquemos de algún modo (por ejemplo, argumentando que las decisiones de la corte se convierten en doctrina obligatoria para los tribunales inferiores, o que dichas constataciones están determinadas por un conjunto de instituciones comunes a todos los jueces) no podremos realizar inferencias externamente válidas. Esta aclaración es muy importante porque la tendencia general en la literatura contemporánea consiste en medir exclusivamente el grado de independencia de la Corte Suprema respecto del gobierno de turno. Es escasa la literatura, en cambio, que aborda la independencia de los tribunales inferiores respecto a otros agentes que no sea el gobierno. Este campo de análisis puede ser muy prometedor, porque muchos casos importantes que se ventilan en los tribunales no llegan a la corte, y no siempre la relación de dependencia se configura respecto al gobierno. Muchos países han tenido y tienen experiencia con cortes adictas a las Fuerzas Armadas, o subordinadas a partidos políticos de la oposición, o tribunales sobornables por elites económicas.
- Por último, el vínculo de dependencia que se quiere demostrar o inferir debe ser causalmente relevante, lo cual debe ser justificado o argumentado. Sólo si tenemos razones para creer que determinadas señas de identidad (el estatus social, la afiliación partidaria, el sexo, etc.), o determinadas categorías

de litigantes pueden introducir distorsiones en las decisiones judiciales vale la pena iniciar un estudio de esta naturaleza. Para ello, deberíamos inquirir previamente en la dinámica del sistema político general.

Pasemos ahora a las siguientes mediciones alternativas de la independencia judicial.

Medición de instituciones formales y prácticas informales (inferencia de la independencia judicial)

Dados los problemas que presenta la medición de la independencia a través de la comparación estadística entre preferencias y resultados, la literatura contemporánea ha optado por otra forma de medición indirecta (o inferencial), consistente en la constatación de aquellas variables que de acuerdo con la teoría tienden a evitar e impedir la existencia de coerciones o injerencias indebidas en el proceso de decisión judicial. Es decir, no se trata aquí de medir el vínculo entre determinados actores con determinado juez, sino en constatar la existencia de ciertas variables institucionales que la teoría justifica como factores institucionales instrumentales a la independencia judicial.

De este tipo de mediciones, es posible distinguir dos clases:

- a) Aquéllas tendientes a comprobar la existencia de determinadas normas o garantías formales. A este tipo de medición la denominaremos “de *iure*” o “formal”, y consiste en la constatación de que aquellas normas o instituciones formales que se supone que tienen un impacto favorable en la eliminación de injerencias indebidas (por ejemplo, cargo vitalicio, intangibilidad de los sueldos, competencias ancladas en la Constitución, inmunidad personal, etc.) se encuentran reconocidas por el sistema legal.
- b) Aquéllas tendientes a comprobar el efectivo cumplimiento de variables o modelos normativos tendientes a evitar injerencias indebidas. Este tipo de mediciones comienzan estipulando determinados estándares o modelos normativos que tienen una justificación teórica, de los que posteriormente se contrastan con la realidad por medio de valoraciones (mediante expertos o encuestas, con o sin operacionalización de variables) acerca del grado en el que los hechos se aproximan a dichos ideales. Denominaremos a esta segunda clase como “mediciones de facto”.²⁹

En ambos casos, los componentes del silogismo inferencial son similares:

²⁹

El término es un poco arbitrario, pero sirve para distinguir las mediciones que plantean un modelo o estándar normativo, e indagan el grado de cumplimiento del mismo en la realidad, de aquellas que sólo pretenden constatar el reconocimiento formal de las mismas.

- Proposición general: “las garantías institucionales tienden a favorecer la independencia de los jueces”.
- Consecuencias observables (indicador de confirmación): “es posible detectar un número suficiente de garantías que favorecen la independencia judicial” (versión formal). O “es posible detectar que determinadas garantías o modelos normativos que favorecen la independencia judicial se cumplen” (versión “de facto”).
- Regla de inferencia: “todos los países que registran un número suficiente de garantías formales que favorecen la independencia judicial (versión de facto: que se registre que dichas garantías o modelos se cumplen), es probable que cuenten con jueces independientes”.
- Indicador (de refutación): no se registra el reconocimiento formal de esas garantías (versión formal o de *iure*) o el cumplimiento de esas garantías o modelos (versión de facto).

Antes de señalar las ventajas y los problemas de cada aproximación, daremos algunos ejemplos. Comencemos con la versión formal de este tipo de mediciones:

Mediciones formales o “de iure” (cuadros 7 al 14)

CUADRO 7

Nombre del Index	Dimensiones	Cuantificación	Nivel de medición	Agregación
Feld y Voigt (2002) De iure index of judicial independence	Competencias de la corte estipuladas en la Constitución. Proceso de selección de jueces Estabilidad del mandato Legitimación Asignación de casos Control de constitucionalidad Publicidad	Cada dimensión tiene varios componentes formales. A la constatación de esas normas se le asigna un puntaje ponderado.	Intervalo	Se suman todos los puntos y se divide por el número de variables de las que se pudo obtener datos.

Fuente: elaboración del autor.

CUADRO 8

Nombre	Dimensiones	Componentes	Medición	Agregación
Rossen (1987)	Integridad	Cuatro componentes	Cualitativa y objetiva: constatación de garantías	Sin agregación
		Independencia personal	Siete componentes	

Fuente: elaboración del autor.

CUADRO 9

Nombre del Index	Dimensiones	Cuantificación	Nivel de medición	Agregación
Blasi and Cingranelli (1995)	Remoción de jueces limitada: estabilidad en el cargo	No previsto en la Constitución — 0	Ordinal	Sin agregación
	Audiencias públicas	Previsto parcialmente en la Constitución — 1		
	Cargos judiciales ocupados por profesionales	Previsión completa en la Constitución — 2		
	Autonomía fiscal			
	Separación de poderes			
	Revisión judicial			
	Sistema recursivo jerárquico			

Fuente: elaboración del autor.

CUADRO 10

Nombre	Dimensiones	Cuantificación	Nivel de medición	Agregación
Camp Keith (1999) Índice de previsión constitucional sobre independencia judicial	Plazos garantizados Decisiones finales Jurisdicción exclusiva Inexistencia de cortes especiales o militares Autonomía fiscal Separación de poderes Proceso meritocrático de selección de jueces Revisión judicial Sistema recursivo jerárquico	No previsto en la Constitución — 0 Previsto parcialmente en la Constitución — 1 Previsión completa en la Constitución- 2 Cortes militares con jurisdicción para tratar casos de ciudadanos comunes — (-1) Control de constitucionalidad por otras ramas que no sea el poder judicial — (-1)	Ordinal	Sin agregación

Fuente: elaboración del autor.

CUADRO 11

Nombre	Dimensiones	Nivel de medición	Agregación
Hanssen (2002)	Selección de jueces por concurso Selección de jueces a través de afiliación partidaria	Categorica	Sin agregación

Fuente: elaboración del autor.

CUADRO 12

Nombre	Dimensiones	Cuantificación	Nivel de medición	Agregación
Herron y Randazzo (2002)	Estabilidad	Vitalicio— 1. No vitalicio 0	De intervalo	Sin agregación
	Selección	De 1 a 3 dependiendo de las instituciones que intervienen		
	Acceso (legitimación)	Más limitado 1 Instituciones locales o nacionales 2 Cualquier persona 3		
	Revisión judicial (control de constitucionalidad)	Control estipulado en la Constitución -1 No garantizado en la Constitución — 0		

Fuente: elaboración del autor.

CUADRO 13

Nombre	Dimensiones	Cuantificación	Nivel de medición	Agregación
La Porta et al., (2002)	Tiempo del mandato: De la Corte Suprema De tribunales contencioso-administrativos.	Vitalicio - 2 Más de 6 años - 1 Menos de 6 - 0	De intervalo	Sin agregación
	Control judicial de la administración	Sí -1 No-0		
	Existencia de la regla "obligatoria" del precedente	Sí -1 No-0		

Fuente: elaboración del autor.

CUADRO 14

Nombre	Dimensiones	Cuantificación	Nivel de medición	Agregación
Smithey e Ishiyama (2000)	Posibilidad de que las sentencias que declaran la constitucionalidad de las normas puedan ser revocadas por otros actores.	- Claramente prohibido por la Constitución - 0 - Sin mención en la Constitución - 1	De intervalo	Se suman los puntajes y se divide por la cantidad de variables. Corre de 0 a 1
	Alcance del control judicial de constitucionalidad	- Control abstracto y a priori - 1 - A priori pero limitado a ciertas materias - 0,5 - Control a posteriori y mediando caso concreto - 0		
	Tiempo del mandato judicial	- Vitalicio - 1 - Más de dos periodos legislativos - 0,66 - Menos de dos periodos legislativos - 0,33 - Menos o igual a un periodo legislativo - 0		
	Actores que participan en la selección de los jueces	- Un solo actor - 0 - Participan dos - 0,5 - Más de dos - 1		
	Quién crea las normas que rigen el proceso judicial y la organización administrativa	- El poder judicial - 1 - Legislatura - 0		
	Dificultad en remover jueces	- Sin mención de la Constitución - 1 - Mención abstracta de que jueces son removidos por mala conducta - 0 - Mención específica de conductas que dan lugar a remoción - 0,5		

Fuente: elaboración del autor.

Problemas de medición

Este tipo de mediciones es el más fácil de lograr y el de menor coste, porque supone únicamente comprobar la existencia de determinadas previsiones legales o constitucionales. Como dijimos, existen diversas cláusulas –relacionadas con el sistema de selección de jueces, la promoción, el salario o el presupuesto de la justicia, entre otros– que fueron promulgadas con la finalidad de preservar la independencia judicial. Se trata, pues, de observar si dichas disposiciones se encuentran vigentes o no. En esa misma línea, muchos trabajos no hacen más que catalogar y analizar normativamente estas previsiones.³⁰

El estudio de estos mecanismos es importante para confeccionar un diseño institucional efectivo, pero no agota la cuestión de la independencia judicial, porque la mayoría de estas previsiones pueden ser ignoradas, violadas o manipuladas, y la información sobre la violación de las mismas sólo podrá obtenerse recogiendo datos sobre hechos o prácticas. Más aún, muchas investigaciones han arrojado resultados elocuentes: las protecciones formales no constituyen garantías seguras para el logro de una real independencia (Voigt, 2000; Domingo, 1999). Y viceversa: en algunos países es posible hallar un grado alto de independencia a pesar de que no cuentan con previsiones formales adecuadas para ello (Salzberger, 1993; Salzberger y Fenn, 1999). Brevemente: si bien las normas o instituciones formales son importantes, no aseguran la independencia “real”, que es justamente lo que la ciencia política trata de medir. De allí que necesitemos hurgar en los hechos y las prácticas informales, que es lo que pretenden las mediciones que siguen a continuación.

Mediciones de facto

Este tipo de medición intenta constatar el cumplimiento efectivo de una serie de garantías o modelos normativos que se cree –justificadamente– que aseguran la independencia judicial (véanse cuadros 15 al 19).

CUADRO 15

Nombre	Dimensiones	Cuantificación	Nivel de medición	Agregación
Blackton, Amideast (en Hammergren, 2001)	1. Nombramiento y evaluación de jueces 2. Sistema disciplinario 3. Intervención impropia del ejecutivo	Subjetiva: valoración de expertos	Ordinal (1-4)	No aparece

Fuente: elaboración del autor.

³⁰ En la misma línea, también pueden citarse los trabajos de Cappelletti (1988), American Bar Association (En Hammergren, 2001), Hammergren (2001), Usaid (2001).

CUADRO 16

Nombre del Index	Dimensiones	Estándares normativos	Medición	Nivel de medición	Agregación
ABA/CEELI (1999) (Ver Hambergren, 2001)	Preselección y nombramiento de jueces	2 ítems	Objetiva y subjetiva. Valoración de expertos e indicadores subjetivos (ver Hambergren, 2000)	Ordinal (5-1) cada ítem.	Aditivo. Se suma cada componente y se ubica a los países en función de cuatro categorías: 1) 134-165: muy independiente 2) 100-133: independiente 3) 67-99: controlado 4) 0-66: muy controlado
	Educación y entrenamiento	2 ítems			
	Presupuesto y salarios	8 ítems			
	Salvaguardias frente a influencias impropias	4 ítems			
	Jurisdicción y poderes judiciales	4 ítems			
	Transparencia del proceso	3 ítems			
	Ética	2 ítems			
	Condiciones laborales	2 ítems			
	Asignación de casos	2 ítems			
	Apoyo del sistema judicial por ONG	2 ítems			

Fuente: elaboración del autor.

CUADRO 17

Nombre	Estándares normativos	Medición	Nivel de medición	Agregación
Auditoría ciudadana sobre calidad de la democracia Estado de la Nación-Costa Rica (2002)	El sistema de selección de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia preserva la independencia de poderes Los funcionarios que ejercen la autoridad policial y jurídica son nombrados mediante reglas técnicas, abiertas al escrutinio público.	Evaluación de expertos (subjetivos) e indicadores objetivos Se acudió también a registros administrativos. Encuestas disponibles. Estudios previos	Ordinal (de acuerdo con la valoración subjetiva del panel evaluador). 1. Incumplimiento severo. 2. Incumplimiento general. 3. Cumplimiento medio. 4. Cumplimiento general. 5. Cumplimiento pleno.	No hay agregación.

Fuente: elaboración del autor.

NOTA: el objeto de la auditoría ciudadana consistió en medir la calidad democrática de la justicia en Costa Rica, de allí que sus artífices elaboraron un conjunto mucho más amplio de estándares que los dos que se consignan aquí. En este cuadro sólo mencionamos aquellos dos que se asocian con el concepto de independencia judicial.

CUADRO 18

Nombre del Index	Dimensiones	Estándares normativos	Medición	Nivel de medición	Agregación
Hammergren (2001)	1. Selección de jueces 2. Manejo de la carrera judicial 3. Administración interna 4. Recursos 5. Procesos judiciales 6. Profesión legal	Varios componentes por cada dimensión	Valoraciones de expertos, grupos panel, jueces, abogados, etc., justificada en información objetiva	Ordinal	Sugiere que se sume cada puntaje y se divida por la cantidad de componentes. También sugiere la ponderación de componentes o el uso constructivo de la redundancia.

Fuente: elaboración del autor.

CUADRO 19

Nombre del Index	Indicadores	Cuantificación	Agregación
Voigt (2000)	Tiempo efectivo promedio de mandato	Tiempo efectivo promedio X 0,05	Se suman todos los puntos y se divide por el número de variables de las que se pudieron obtener datos
	Desviación del tiempo efectivo respecto del plazo legal	Sí- 0	
	Remoción de juez antes de terminar su plazo legal	Sí- 0	
	Número de veces que la composición de la corte ha sido cambiada:		
	- 0	1	
	- 1 a 2	0,8	
	- 3 a 4	0,6	
	- 5 a 6	0,4	
	- 7 a 8	0,2	
- Más	0		
Salario del juez se mantuvo constante en términos reales	Sí- 1		
Presupuesto se mantuvo constante en términos reales desde 1960	Sí- 1		
Número de veces que otras ramas de gobierno no actuaron para hacer efectiva una decisión judicial:			
- 0	1		
- 1 a 2	0,8		
- 3 a 4	0,6		
- 5 a 6	0,4		
- 7 a 8	0,2		
- Más	0		
Número de veces que la Constitución fue modificada en cuanto a las competencias de la Corte Suprema:			
- 0	1		
- 1 a 2	0,8		
- 3 a 4	0,6		
- 5 a 6	0,4		
- 7 a 8	0,2		
- Más	0		

Fuente: elaboración del autor.

Problemas de medición

Este tipo de mediciones constituye avances muy fecundos sobre el tema de la independencia judicial. A priori, aporta evidencias preliminares que permitirían inferir (con los reparos que más abajo se exponen) que no existe una relación significativa entre previsiones formales e independencia real. En segundo lugar, mediante la estipulación de pautas o estándares normativos, así como la de las operaciones necesarias para contrastar su grado de cumplimiento, algunas de estas técnicas permiten la comparación entre realidades muy diversas. Es preciso destacar, sin embargo, que no todas las mediciones presentan pautas universales ni todas ellas operacionalizan sus variables de un modo reproducible ni fiable. En esta línea de medición, es preciso distinguir dos tipos:

Métodos de auditoría: características

- Finalidad: detectar problemas para implementar reformas.
- Técnicas de recogimiento de información múltiples.
- Carece de conceptualización rigurosa.
- Carece de pautas o estándares normativos universales.
- Falta de integración de las dimensiones medidas con la teoría.
- Desagregación de dimensiones no justificada.
- No permite la construcción de índices agregados.
- Resultados no comparables.

Ejemplos: Usaid (1998), Bureau of Justice Assistance (1997), Auditoría ciudadana sobre calidad de la democracia en Costa Rica.³¹

Métodos comparativos: características

- Pretende lograr resultados comparables.
- Integración de dimensiones con la teoría.
- Requiere de estándares normativos o proposiciones generales aplicables a todo el universo.
- Conceptualización rigurosa.
- Justificación de la desagregación de dimensiones.
- Operacionalización de variables explícita y reproducible.

³¹ Proyecto Estado de la Nación (2001), Documento de Trabajo No. 2: auditorías ciudadanas sobre la calidad de la democracia: reflexiones sobre su potencial cívico y académico.

- Nivel de medición justificado. Validez interna y fiabilidad de indicadores.
- Es posible la construcción de un índice agregado si se toman los recaudos necesarios.
- Finalidad: medir conceptos para contrastar hipótesis.

Si tenemos en cuenta estas distinciones y evaluamos los trabajos de medición expuestos, podemos hacer las siguientes consideraciones:

- a) No tenemos una teoría integral que dé razón de cuáles son las condiciones mínimas suficientes para asegurar la independencia judicial ni cómo ponderar el peso de las mismas. Los trabajos de ABA/Ceeli y el de Hammergren (2001) constituyen, tal vez, los listados más consistentes y justificados con la teoría y la praxis de la independencia judicial. A pesar de que no recogen mediciones concretas y, por tanto, no pueden valorarse los resultados de ambas técnicas, la crítica que se le puede realizar a estas propuestas es que adolecen de las dificultades y los sesgos propios de pretender operacionalizar dichas variables por medio de valoraciones de expertos, disminuyendo la validez y fiabilidad de los indicadores.
- b) El trabajo de Feld y Voigt (2002), por el contrario, es el único que utiliza indicadores objetivos para operacionalizar las variables tenidas en cuenta. Sin embargo, el autor omite, a diferencia de ABA/Ceeli (véanse también las recomendaciones de Hammergren), la rivalidad con los hechos de algunos estándares que la teoría tiene por importantes: el sistema de nombramiento y promoción de jueces, el sistema de asignación de casos, la existencia de tribunales especiales, por nombrar algunos. Resulta curioso constatar que algunas de estas variables –en su dimensión formal– fueron contempladas en el índice “de *iure*”, y no han sido contrastadas empíricamente en su índice “de *facto*”. Dichas omisiones suponen un grave problema que puede afectar aún más la validez de las mediciones. La validez en la medición de un concepto supone, también, que se midan todos los componentes y no sólo los que se tienen a mano (este empobrecimiento conceptual se denomina *underspecification*). En la misma línea se puede ver claramente que algunos de los indicadores utilizados por Feld y Voigt no reflejan con precisión el concepto que se pretende inferir. Por ejemplo, el hecho de que el tiempo de mandato de un juez se haya interrumpido puede obedecer a múltiples razones, no necesariamente a la existencia de injerencias impropias. Señalamos algunos indicadores adicionales a los propuestos por Feld y Voigt que podrían tenerse en cuenta para la confección de un índice “de *facto*” más completo:
 - Número de amenazas contra los jueces por cada 100 jueces.

- Número de veces que el sistema de justicia es intervenido, vedado, o cerrado por decreto o ley formal cada 10 años.
 - Número de traslados injustificados de jueces a localidades no deseadas donde no pueden ejercer o cumplir adecuadamente sus labores, cada 100 jueces.
 - Porcentaje del presupuesto asignado al servicio de justicia en relación con los ingresos totales del Estado.
 - Número de estados de sitio decretados cada 10 años.
 - Cantidad de dinero asignada a insumos (papel, personal administrativo, salarios) en relación con la carga de trabajo y el número de jueces.
 - Número de veces que se reducen o se cambian los años y beneficios de retiro voluntario, cada 10 años.
 - Número de veces que se reduce el salario de los jueces, vía impuestos u otro mecanismo, cada 10 años.
 - Número de indultos o de leyes con aplicación retroactiva que revocan decisiones judiciales específicas, cada 10 años.
 - Número de jueces removidos por año por cuestiones disciplinarias, cada 10 años.
 - Cantidad de materias sujetas a tribunales administrativos sin control judicial posterior, cada 10 años.
- c) De manera más general, podemos decir que las hipótesis sobre las que se basan estas inferencias no se encuentran rigurosamente confirmadas. Muchas de las garantías y los modelos estipulados tienen un origen teórico sólido; otros, en cambio, provienen de la praxis. Si los indicadores utilizados no dejan dudas sobre su validez para medir el concepto de “independencia institucional o estructural”; si resultan dudosos, en cambio, como indicadores para medir de manera indirecta o inferencial el concepto de independencia judicial. La precaución es pertinente, a pesar de que este tipo de mediciones indirectas que se basan en hipótesis no contrastadas es muy común en ciencia política (habida cuenta que el cúmulo de conceptos no observables directamente es muy grande). Es decir, no debemos alarmarnos por basar nuestras inferencias en semejantes hipótesis si éstas se derivan de un cuerpo de conocimientos teóricos sistemático y organizado lógicamente; sin embargo, debemos ser precavidos a la hora de exponer los resultados de nuestras investigaciones: nunca podremos afirmar tajantemente a partir de este tipo de inferencias de probabilidad. La conclusión que se sigue de estas consideraciones es que conviene justificar la utilización de cada una de las garantías o los modelos utilizados.

d) Otro problema que presentan estas técnicas de medición reside en la agregación de los datos en índices. Para pasar a una fase de agregación, previamente deberíamos estar seguros de no haber incurrido en redundancia o superposición (conflation) en la conceptualización de las dimensiones (Munck y Verkuilen, 2002), ni en sobreespecificación (o viceversa: reducción arbitraria) de los componentes que integran el marco referencial del concepto. Vale decir, las dimensiones a medir deben ser suficientes, exhaustivas y excluyentes. Estas características son de difícil logro puesto que, en este tipo de mediciones, aún no sabemos cuántas ni cuáles son las variables o componentes a tener en cuenta, vale decir, el marco referencial permanece “abierto”. Por otro lado, deberíamos ponderar el peso de cada uno de estos componentes para saber qué puntaje asignarle, puesto que, como expusimos más arriba, se trata de indicadores indirectos y no de indicadores directos. La ponderación que hace el índice “de facto” de Feld y Voigt (2002) parece ser intuitiva, y no responde a razones teóricas. Más adecuado es el procedimiento sugerido por ABA/Ceeli de sumar todos los puntos y asignar categorías a determinadas cantidades o secuencias de números. De este modo no se pierde información y se evita ponderar el peso de las variables. Deberíamos seguir este procedimiento hasta tanto tengamos noción de cuál es el grado de relevancia de cada variable en la independencia judicial. Para ello sugerimos lo siguiente:

- No incurrir en agregación de datos y medir cada componente o variable por separado.
- Correlacionar los componentes entre sí. Aquellos componentes que exhiban correlaciones significativas y positivas estarían indicando que podrían encuadrarse en una misma dimensión y, por tanto, podríamos combinarlos en un índice agregado.
- La ponderación de cada una de estas variables sólo podría lograrse correlacionándolas con otras mediciones obtenidas por otros métodos (por ejemplo, correlacionado los resultados de la comparación estadística con las mediciones individuales de cada variable institucional).

Medición por medio de percepciones

Este tipo de mediciones consiste en indagar la opinión de ciertos actores relevantes sobre el grado de independencia de que goza un sistema de justicia. Se diferencia respecto de las mediciones de facto que utilizan valoraciones de expertos, en que aquí no existen pautas o estándares normativos que permitan inferir el concepto de independencia. La independencia judicial se valora, por ende, como un todo o como un resultado.

Hacemos esta aclaración porque también en las mediciones de facto analizadas es posible encontrar evaluaciones enteramente subjetivas, pero éstas pretenden ir más allá

y fundar las inferencias de componentes observables que enriquecen la información. A continuación se expone el silogismo inferencial sobre el que se basa este método:

- Proposición general: “las percepciones de los actores de un sistema de justicia reflejan adecuadamente la realidad objetiva de la independencia judicial en determinado país”.
- Consecuencias observables (indicador de confirmación): “el conjunto de percepciones observadas de los actores de un sistema de justicia en determinado país registra una tendencia a señalar que el juez o el poder judicial es independiente”.
- Regla de inferencia: “todos los sistemas de justicia cuyos actores registran una tendencia a percibir que los jueces o el poder judicial son independientes, es probable que cuenten con jueces objetivamente independientes”.
- Indicador (de refutación): no se registra una tendencia a percibir la independencia judicial por parte de los actores de un sistema de justicia en determinado país.

Las técnicas pueden variar dependiendo del nivel de medición elegido y de los sujetos indagados: jueces, ciudadanos, usuarios expertos o usuarios no expertos, así como de otros agentes del sistema de justicia. Ejemplo clásico de este tipo de medición es el trabajo de Kenneth Johnson, quien diseñó un escalafón de independencia judicial de las cortes supremas de 20 países de Latinoamérica entre 1945 y 1975, mediante la realización de cuestionarios a 84 expertos en la materia.

También es dable destacar el trabajo de Toharia (1999: 18) que expone, en el año 1997, la opinión de los ciudadanos españoles sobre algunas dimensiones de la justicia, entre ellas la imparcialidad y la independencia. Más riguroso y consciente de las limitaciones propias de este tipo de mediciones, el estudio sobre independencia judicial en Nicaragua de Díaz Rivillas y Ruiz Rodríguez (2003) mide las percepciones sobre la independencia judicial de los jueces para analizarlas en su contexto institucional, logrando combinar eficazmente datos históricos, instituciones, indicadores objetivos y percepciones.

Otras fuentes que podemos encuadrar dentro de esta tipología es la World Business Environment Survey (WBES), dirigida a medir las percepciones de inversores internacionales acerca de numerosos tópicos que se tienen en cuenta a la hora de invertir en un país. Entre esos tópicos figuran las cualidades de un sistema legal, y entre ellas las percepciones sobre la imparcialidad, honestidad y transparencia de un sistema de justicia. El nivel de medición es ordinal, corre del 1 al 6 (Djankov, La Porta et al., 2002).

Problemas de medición

Estas mediciones resultan válidas como indicadores de la cultura o del pensamiento de determinados sujetos; la validez es más discutible, en cambio, si se interpretan como indicadores indirectos de la independencia judicial. Ello es así porque es usual que el cambio de las percepciones se produzca de manera más lenta que el cambio en el estado de cosas. Por tanto, es probable que los usuarios de un sistema de justicia tarden en reconocer los avances producidos en materia de independencia judicial. De otro lado, no resulta difícil descubrir que algunos poderes judiciales de reconocida independencia reciban valoraciones de baja confianza o impresiones negativas por parte de la población (Hammergren, 2000: 7). El hecho es así porque la hipótesis sobre la que se basa este método es empíricamente refutable: las percepciones no suelen reflejar adecuadamente la realidad, ello dependerá de cuán informados se encuentren los encuestados.

En otro orden de ideas, también es posible achacar a estas mediciones un sesgo sistemático: es probable que las mediciones no sean comparables debido a que los conceptos que se han tenido en consideración al momento de registrar las percepciones difieran entre los actores encuestados. Sería ilógico, por otra parte, negar la posibilidad de que existan diferencias conceptuales en los encuestados cuando de hecho existen en la doctrina y en la ciencia política.

La ventaja que presenta esta técnica de medición (y de las mediciones de facto que se basan en valoraciones subjetivas) consiste en que a veces es imposible basar constataciones comparativas sobre los niveles de independencia judicial en diferentes países con datos puramente objetivos, por ejemplo, comparando el número de veces que se cambia la composición de la Corte Suprema, o el número de jueces removidos o la cantidad de denuncias de corrupción contra algún juez, por ejemplo. Semejantes datos, a grandes rasgos, no reflejan los niveles actuales de la independencia, sino que pueden ser interpretados de diversos modos: un alto número de denuncias contra jueces corruptos puede reflejar más la calidad de los denunciantes que el grado de independencia, un alto número de jueces removidos puede reflejar un alto grado de indisciplina, pero no de falta de independencia. El único método accesible para compilar datos comparativos –siempre que se justifique la equivalencia de los patrones interpretativos de los encuestados– es basarse en la percepción de los que están confrontados más directamente con las realidades de la independencia judicial: jueces, abogados, usuarios.

Por otro lado, estas técnicas son apropiadas cuando se quiere medir la calidad de un servicio, de allí que sean muy utilizadas por los métodos de auditoría interna del poder judicial, o por la agencias de evaluación institucional de los servicios públicos. En estos casos, lo que se persigue es que los servicios que brinda el Estado sean percibidos satisfactoriamente por la población, de allí que indagar las opiniones

CUADRO 20

Método	Proposición general	Consecuencias esperadas	Problemas
Comparación del derecho con los argumentos jurídicos de las sentencias.	Cuando la ley es clara y precisa, el juez independiente resuelve el caso dentro del marco de posibilidad que ofrece la norma	La sentencia es conforme a derecho	Comparabilidad: la proposición general no es aplicable a los sistemas del <i>common law</i> . Precisión: la ley es siempre de textura abierta. Validez: existen otros factores legítimos que fundan una decisión a falta de leyes claras: la jurisprudencia, la doctrina, los principios generales. Problemas prácticos: requiere el análisis jurídico profundo de casos paradigmáticos.
Comparación de los valores del juez con las sentencias	En caso de lagunas normativas, el juez independiente exhibe una continuidad axiológica en sus sentencias	Se registra un patrón axiológico común en la resolución de casos análogos	Precisión: el campo de los valores subjetivos es de difícil determinación. Validez: sólo es posible inferir la independencia si la variable normativa se mantiene constante. Problemas prácticos: requiere el análisis cultural profundo de casos análogos.
Constatación de violaciones al debido proceso	El juez observa las garantías del debido proceso	Se constatan violaciones al debido proceso legal	Validez: las violaciones al debido proceso no siempre se suceden con el conocimiento del juez.
Comparación estadística entre resultados y categorías de sujetos-	El juez "dependiente" tiende a resolver los casos favoreciendo a los sujetos que ejercen injerencias impropias	Se registra en un conjunto suficiente de casos una tendencia a favorecer a determinadas categorías de sujetos	Validez interna: sólo es posible inferir la "dependencia" si se mantiene constante la variable normativa. Validez externa: de no analizar todos los casos resueltos por el juez, se debería reunir una muestra representativa para generalizar los resultados. La inferencia que se haga de un juez o un órgano no es extrapolable a otro juez u otro órgano no analizado.
Medición de instituciones	Las garantías institucionales favorecen la independencia judicial	Las garantías institucionales se cumplen	<i>Criterion validity</i> : la asociación entre garantías e independencia no ha sido contrastada empíricamente. Precisión: indeterminación del conjunto de factores instrumentales que favorecen la independencia. Agregación: no es conviene pasar a una fase de agregación, precisamente por la indeterminación de los factores que favorecen la independencia judicial.

Método	Proposición general	Consecuencias esperadas	Problemas
Medición de percepciones	Las percepciones reflejan la independencia objetiva	Los actores de un sistema de justicia perciben que el juez o el poder judicial es independiente	Comparabilidad de los datos: no todos los encuestados conceptualizan la independencia del mismo modo. Validez: el grado de correspondencia de las percepciones con la realidad depende de la información que tenga cada sujeto.

Fuente: elaboración del autor.

de los usuarios sea fundamental. Sin embargo, cuando lo que se quiere es realizar una investigación lo más objetiva posible, no se recomienda el uso exclusivo de estas técnicas. Lo opción más conveniente reside en combinarla con otros datos más objetivos.

Resumen

A modo de síntesis, en el cuadro 20 se expusieron los diferentes métodos de medición y los problemas que presentan.

CONCLUSIONES

Los estudios de ciencia política sobre independencia judicial presentan inconsistencias conceptuales que dificultan la comparación de casos. Con el objeto de superar esas dificultades, hemos dado una definición de independencia judicial susceptible de ser medida por medio de indicadores indirectos. Dicha definición está conformada por dos dimensiones, una positiva y una negativa, ampliamente desarrolladas en el artículo e íntimamente vinculadas. El concepto formulado, en ese sentido, es útil en la medida en que propone un marco referencial preciso y medible.

En otro orden, en los estudios que abordan la medición de la independencia judicial es posible encontrar ciertos rasgos comunes. Por un lado, se basan en algunas proposiciones generales y en reglas de inferencia derivadas, que nunca o muy pocas veces quedan explícitamente formuladas. Por el otro, se tiende a ser reticente a la hora de justificar la validez de los indicadores utilizados. Tratando de echar luz sobre el tema, el presente trabajo hace explícitas las proposiciones y reglas de inferencia implícitas en los métodos de medición utilizados por la literatura, y señala las debilidades y virtudes de los mismos.

En general, es posible concluir que en todos los métodos resulta problemática la validez de sus indicadores. En el primero, la validez resulta cuestionable cuando consideramos que la norma siempre permite varias posibilidades decisorias. En el

segundo, cuando consideramos el hecho de que los valores siempre se juzgan en relación con otros o cuando no controlamos la variable normativa. En el tercero podemos aseverar, sin temor a equivocarnos, que la validez es inexistente si no controlamos la variable normativa. En el cuarto, cuando consideramos que existe la posibilidad de que ocurran violaciones al debido proceso legal sin el conocimiento del juez. En la medición de instituciones, en cambio, la validez resulta dudosa desde el momento en que la virtualidad instrumental de las instituciones no se encuentra empíricamente contrastada. Por último, en la medición por medio de percepciones la validez queda en entredicho ante evidencias empíricas que indican que las percepciones no reflejan la realidad objetiva. A estos problemas generales es posible añadir otro: al ser la independencia judicial un concepto que refiere a un juez individual, no es permisible extrapolar las inferencias de independencia al conjunto del poder judicial, a menos que analicemos una muestra representativa de jueces. Ello no impide, sin embargo, que echemos mano a otras hipótesis o proposiciones generales sobre las cuales fundar esas extrapolaciones (por ejemplo, argumentando y probando que las instancias judiciales inferiores son permeables a los patrones de conducta de sus superiores).

Como se puede colegir de todas estas disquisiciones, la materia objeto de la independencia judicial es escurridiza. Nuestras mediciones se basan en reglas de inferencias, y éstas en proposiciones estocásticas no contrastadas y algunas evidentemente falsas. Por otro lado, nuestras inferencias se basan en indicadores de discutible validez. Es pertinente inquirir, al tenor de estas consideraciones, qué grado de significación puede tener la elección de un nivel de medición ordinal o de intervalo (por ejemplo, como el índice de Feld y Voigt, o el de ABA/Ceeli). Creemos que el nivel de medición más adecuado a los fines de nuestra conceptualización es el dicotómico. El estado actual del conocimiento no nos permite indagar sobre los “grados” de la independencia judicial. El sentido común nos dice que cuando un juez actúa movido por coacciones o intereses sesgados, dicho juez carece, lisa y llanamente, de independencia judicial. Resulta exagerado entonces hablar de “grados” de independencia judicial en el caso concreto. Estaríamos creando, de manera artificial, diferencias que no existen. El nivel de medición ordinal o de intervalo tal vez sea apropiado si nos referimos a un conjunto de casos judiciales, o a un conjunto de jueces, o cuando el concepto medido es otro (por ejemplo la independencia estructural). Dicho nivel podría obtenerse asignando un valor dicotómico a cada caso concreto del que interpretemos la independencia o dependencia. Posteriormente podríamos sumar esos valores en el conjunto de casos analizados, logrando de este modo una medida aditiva. Pero un procedimiento semejante es, por el momento, impracticable. En primer lugar, porque habría que analizar todos los casos resueltos por un juez, empresa a todas luces digna de un dios más que de un hombre, y luego porque esas medidas, para que sean significativas, deberían ser comparadas con las obtenidas con otros jueces, lo cual resultaría aún más arduo. En general, es posible defender racionalmente el siguiente argumento: basta que exis-

tan indicadores válidos y fiables que determinen que un juez carece de independencia, para inferir esa carencia a todo su universo de casos. De allí la conveniencia de utilizar medidas dicotómicas (dependencia-independencia) cuando la unidad de análisis es el juez.

De manera general, puede decirse que el método más sólido para indagar la independencia judicial de determinado juez u órgano reside en el análisis profundo de casos paradigmáticos. Afortunadamente, la ausencia de independencia judicial se percibe nítidamente cuando los casos son de relevancia institucional y cuando la interpretación del derecho es absurda o manifiestamente contraria a su significado. El estudio pormenorizado de estos casos, entonces, es una técnica aconsejable para determinar la independencia judicial. También resulta recomendable la medición “de facto” de instituciones cuando las garantías o los modelos normativos que se postulan como instrumentales se hallan justificados en la teoría o la práctica de la reforma judicial. Sin embargo, no es recomendable por el momento proceder a la asignación de escalas de intervalo, a menos que explicitemos que se trata de la medición de otro concepto.

Para terminar, he aquí algunas sugerencias para futuras investigaciones:

1. Explorar cuáles son los actores institucionales más poderosos dentro de un sistema político antes de iniciar cualquier medición. Indagar los vínculos de dichos actores con la justicia.
2. Complementar los estudios empíricos con técnicas variadas. En lo posible, combinar la medición de instituciones con el análisis profundo de casos paradigmáticos.
3. Justificar cada una de las variables institucionales en la teoría o en la práctica de la reforma judicial antes de proceder a la medición de instituciones.
4. Controlar los análisis estadísticos con las siguientes variables intervinientes: legalidad de las decisiones judiciales, relevancia institucional de los hechos, y actitudes axiológicas (al menos los controles que propone Helmke, 1998).
5. Para indagar sobre la ponderación del peso de cada variable institucional, correlacionar las mediciones de instituciones con las que utilizan asociaciones estadísticas, siempre que en estas últimas se controle la variable normativa y la variable “relevancia”.
6. Construir un índice más completo de independencia judicial sobre la base del cumplimiento efectivo de determinados estándares (a la manera de Feld y Voigt, 2002).
7. Generar datos sobre el perfil sociológico de las partes litigantes, de este modo podríamos registrar frecuencias estadísticas que pueden ser fecundas para la generación de hipótesis.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABA/CEELI (American Bar Association and Central European and Eurasian Law Institute) (1999), "Judicial Independence: a Concept Paper". Ceeli, disponible en: http://www.abanet.org/ceeli/publications/conceptpapers/judicialindepd/judicial_independence_concept_paper.pdf
- ADCOCK, Robert y David COLLIER (2001), "Measurement Validity: A Shared Standard for Qualitative and Quantitative Research", en *American Political Science Review* 95 (3).
- BECKER, Theodore (1970), *Comparative Judicial Studies*, Chicago, Rand McNally and Company.
- BINDER, Alberto (2001), *Introducción al libro Imagen de la justicia: independencia y asociacionismo en el sector judicial nicaragüense*, Managua, Imprenta UCA.
- BLALOCK, Hubert M. (1986), *Conceptualization and Measurement in the Social Sciences*, Londres, Sage.
- BUREAU OF JUSTICE ASSISTANCE (1997), "Trial Court Performance Standards and Measurement System", U.S Department of Justice, Washington D.C. Office of Justice Programs.
- BUNGE, Mario (1983), *La investigación científica*, Barcelona, Ariel.
- CAMERON, Charles (2002), "How Can You Tell It When You See It? And, Who Cares?", en S. Burbank y B. Friedman (eds.), *Judicial Independence at the Crossroads. An interdisciplinary Approach*, Londres, Sage.
- CAMP KEITH, Linda (1999), "Writing Constitutions that Protects against Human Rights Abuse. How Important Are Provisions for Judicial Independence and Judicial Review?", disponible en: <http://www.artsci.wustl.edu/~polisci/epstein/conference/archive99/Keith.pdf>
- CAMP KEITH, Linda (2002), "Judicial Independence and human rights protection around the world", en *Revista Judicature*, 85 (4).
- CAPPELLETTI, Mauro (1988), *La responsabilidad de los jueces*, La Plata, JUS, Fundación para la Investigación de las Ciencias Jurídicas.
- COLLIER, David y Steven LEVITSKY (1996), "Democracy 'With Adjectives': Conceptual Innovation in Comparative Research", the Helen Kellogg Institute for International Studies, University of Notre Dame, Working Paper No. 230.
- DAHL, Robert (1963), *Modern Political Analysis*, NJ: Prentice-Hall, Englewood Cliffs.
- DÍAZ RIVILLAS, Borja y Leticia RUIZ RODRÍGUEZ (2003), "Percepciones sobre independencia judicial en Nicaragua", artículo presentado en LASA, 2003.
- DIEZ PICAZO, Luis María (1992), "Notas sobre derecho comparado sobre la independencia judicial", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 34.
- DJANKOV, S., R. La Porta, F. López De Silanes y A. Shleifer (2002), "The Practice of Justice", disponible en http://post.economics.harvard.edu/faculty/shleifer/papers/lexpaper_OCT_09_021.pdf

- DOMINGO, Pilar (1999), "Judicial Independence and Judicial Reform in Latin America", en Andreas Schedler, L. Diamond y M. Plattner (eds.), *The Self Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, Boulder, Lynnee Rienner Publishers.
- DRUCKMAN, Daniel (1992), *Assessing Progress Toward Democracy and Good Governance: Summary of a Workshop*, Panel on Issues in Democratization, National Research Council, dsiponible en: <http://www.nap.edu/books/NI000466/html/5.html>
- EPSTEIN, Lee y Jack KNIGHT (1988), *The Choices Justices Make*, Washington, CQ Press.
- EPSTEIN, Lee y Jeffrey SEGAL (2000), "Measuring Issue Salience", en *American Journal of Political Science*, 44, (1).
- 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/GroningenRevstv.pdf>
- GALANTER, Marc (1974), "Why the Haves Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change", en *Law & Society Review*, 12.
- GARGARELLA, Roberto (1998), "Después del diluvio. El perfeccionismo conservador en la nueva jurisprudencia de la Corte Suprema (1990-1997)", en *Desarrollo económico, revista de ciencias sociales*, 38 (149).
- GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo (1974), *La democracia en México*, México, Ediciones Era.
- HAMMERGREN, Linn (2001), "Diagnosing Judicial Performance: toward a tool to help guide judicial reform programs", dsiponible en: http://www.transparency.org/iacc/9th_iacc/papers/day4/ws1/d4ws1_lhammergren.html
- HANSSSEN, F. Andrew (2002), "Is there a Politically Optimal Level of Judicial Independence?", Accesible en internet: <http://www2.montana.edu/ahanssen/Papers/optimal%20level.pdf>
- (1999), "The Effect of Judicial institutions on Uncertainty and the rate of litigation: the election versus appointment of state judges", en *Journal of Legal Studies*, XXVIII.
- 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.
- HERRON, Eric y Kirk RANDAZZO (2002), "Judicial Institutions and the Evolution of Independent Courts in New Democracies", disponible en: <http://www.isp.msu.edu/CERS/randazz.htm> .
- KARLAN, Pamela (1998), "Two Concepts of Judicial Independence", dsiponible en: <http://www.usc.edu/dept/law/symposia/judicial/pdf/karlan.pdf>
- KORNHAUSER, Lewis (2002), "Is Judicial Independence a Useful Concept?", en S. Burbank y B. Friedman (eds.), *Judicial Independence at the Crossroads. An interdisciplinary Approach*, Londres, Sage.

- KLUGER, Richard (1976), *Simple Justice*, New York, Random House.
- LARKINS, Christopher (1996), "Judicial independence and Democratization: A Theoretical and Conceptual Analysis", en *The American Journal of Comparative Law*, XLIV.
- LA PORTA, Rafael et al., (2002), "The Guarantees of Freedom, disponible en internet: <http://post.economics.harvard.edu/faculty/laporta/papers/freedom.pdf>.
- MÉNDEZ, Juan E. (2000), "Legislatures, judiciaries and innovations in horizontal accountability", documento presentado en la conferencia Institutions, Accountability, and Democratic Governance in Latin America, Kellogg Institute, University of Notre Dame.
- MERRYMAN, John Henry (1971), *La tradición jurídica romano-canónica*, México, Fondo de Cultura Económica.
- MERINO, Mauricio (1999), "Divisiones públicas, consensos internos", en *Revista Enfoque* 24.
- MUNCK, Gerardo y Jay VERKUILEN (2002), "Conceptualizing and Measuring Democracy: Evaluating Alternative Indices", en *Comparative Political Studies*, 35.
- MONTESQUIEU, [1748] (1988), *The Spirit of the Laws*, New York, Cambridge University Press.
- NEGRETTO, G. y M. UNGAR (1997), "Independencia del poder judicial y Estado de derecho en América Latina: los casos de Argentina y Venezuela", en revista *Política y gobierno*, IV.
- PRILLAMAN, William (2000), *The Judiciary and Democratic Decay in Latin America: Declining Confidence in the Rule of Law*, Westport, Praeger.
- PROYECTO ESTADO DE LA NACIÓN (2001), Documento de trabajo No. 2: *auditorías ciudadanas sobre la calidad de la democracia: reflexiones sobre su potencial cívico y académico*, disponible en: www.estadonacion.or.cr; <http://www.estadonacion.or.cr/Calidad02/Word-Pdf/Cap%2004.pdf>
- POPKIN, Margaret (2001), "Informe Comparativo sobre la independencia judicial en América Latina", disponible en: www.dpl.org
- PRZEWORSKI, Adam y Henry TEUNE (1970), *The Logic of Comparative Social Inquiry*, Florida, Krieger Publishing Company.
- RAMSEYER, Mark y Eric RASMUSEN (2001), "When are Judges and Bureaucrats Left Independent? Theory and history from Imperial Japan, Postwar Japan, and the United States", disponible en: http://www.law.berkeley.edu/institutes/law_econ/workingpapers/PDFpapers/Rasmusen-f02.pdf
- RATTNER, Arye y Eli SALZBERGER (2000), "Judicial Decision-Making in the Israeli Supreme Court: A Realistic Point of View from a Longitudinal Perspective" (trabajo en proceso), disponible en: http://hebra.haifa.ac.il/soc/LawSociety/june_99/rattner%20and%20salzberger.htm

- RICO, José M. y Luis SALAS (1989), *Independencia judicial en América Latina: replanteamiento de un tema tradicional*, Florida, Florida International University.
- ROSSEN, Keith S. (1987), "The Protection of Judicial Independence in Latin America", en *The University of Miami Inter-American Law Review*, 19 (1).
- SAARI, David J. (2002), "Separation of Powers, Judicial Impartiality, and Judicial Independence: Primary Goals of Court Management Education". Disponible en: http://www.ncsconline.org/d_icm/Phase_II/1-3%20Separation%20of%20Powers_Saari.pdf
- SALZBERGER, Eli M. (1993), "A Positive Analysis of the Doctrine of Separation of Powers, or: Why Do We Have an Independent Judiciary?", en *International Review of Law and Economics*, 13.
- (2001), "The Independence of the Judiciary an Economic Analysis of Law Perspective"; artículo preparado para la Novena Conferencia Anual sobre el Individuo y el Estado en Budapest, disponible en internet: <http://www.ceu.hu/legal/Salzberger.htm>
- SALZBERGER, Eli y Paul FENN (1999), "Judicial Independence: Some Evidence from the English Court of Appeal", en *Journal of Law & Economics*, 42.
- SHARMAN, Jeffrey M. (1996), "Ética judicial: independencia, imparcialidad e integridad", monografía preparada para la segunda mesa redonda sobre reforma judicial, celebrada por el Nacional Center for State Courts (NCSC), Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C.
- SCHEDLER, Andreas (2000), "Incertidumbre institucional e inferencias de imparcialidad: el caso del Instituto Federal Electoral", en revista *Política y gobierno*, VII, (2).
- (2003), "Judging the Judge. The Logics of Judicial Accountability", documento presentado en el XXIV Congreso de la Asociación de Estudios Latinoamericanos (LASA).
- STEPHENSON, Matthew (2000), "Judicial independence: what it is, how it can be measured, why it occurs", disponible en: <http://www1.worldbank.org/publicsector/legal/judicialindependence.htm>
- STAATS, Joseph L. (2003), "An Analysis of Factors Contributing to Improved Judicial Performance in Latin America", artículo presentado en el Congreso 2003 de la Asociación de Estudios Latinoamericanos (LASA).
- SHAPIRO, Martín (1981), *A Comparative and Political Analysis*, Chicago, The University Chicago Press.
- SCHWARTZ, Carl (1973), "Judges under the Shadow: Judicial Independence in the United States and Mexico", en *California Western International Law Journal*, 3.
- SMITHEY, Sh. y J. ISHIYAMA (2000), "Judicious Choices: Designing Courts in Post-Communist Politics", en *Communist and Post-Communist Studies*, 33.

- SPAETH, Harold y Jeffrey SEGAL (1993), *The Supreme Court and the Attitudinal Mode*, Cambridge University Press.
- TOHARIA, Juan José (1999), "La independencia judicial y la buena Justicia", en revista *Justicia y Sociedad*, "Hacia un mejor servicio público de justicia", PNUD, publicación 3.
- VERNER, Joel G. (1984), "The independence of Supreme Courts in Latin America: A review of the literature", en *Journal of Latin American Studies*, 16.
- USAID (1998), Handbook of Democracy and Governance Program Indicators, Washington, *Technical Publications Series*, disponible en internet: <http://www.usaid.gov/democracy/pdfs/pnacc390.pdf>
- USAID (2001), "Guidance For Promoting Judicial Independence and Impartiality", *Technical Publications Series*, Washington, US-AID.
- VOIGT, Stefan (2000), "Making Promises Credible: Introducing 2 New Indicators for Measuring Judicial Independence", artículo presentado en la Annual Conference of the World Economic Freedom Network, disponible en: http://www.wirtschaft.uni-kassel.de/Voigt/PDF/making_promises.pdf
- WROBLESKI, Jerzy (1987), "Theoretical and Ideological Problems of Judicial Independence", en Instituto Vasco de Administración Pública, *Los jueces en una sociedad democrática*, Oñati.