
La independencia judicial: conceptualización y medición

.....

SEBASTIÁN LINARES*

CONCEPTUALIZACIÓN

El objetivo del presente artículo consiste fundamentalmente 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 debilidades 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 (Cappelletti, 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),

*Sebastián Linares es candidato a doctor en Ciencia Política por la Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, 37007 Salamanca, España. Su dirección de correo electrónico es: slinares@usal.es.

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. El autor agradece a la directora del proyecto, María Luisa Ramos Rollón, quien ha 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, así como a los examinadores anónimos de *Política y Gobierno*, por sus atinadas y valiosas correcciones.

El manuscrito se recibió en julio de 2003 y fue aceptado para su publicación en septiembre de 2003.

o entre dimensiones o aspectos negativos y positivos de la independencia (Karlan, 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 tratara 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 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).

¹ Es preciso destacar, sin embargo, que la autonomía funcional y la insularidad responderían a distintas lógicas: mientras que la primera contiene el conjunto de garantías institucionales tendentes a asegurar el efectivo ejercicio de la función judicial en el control y el contrapeso entre los poderes del Estado, la segunda contiene aquellas garantías que aseguran o tienden a asegurar la imparcialidad de los jueces individuales (en el mismo sentido, véase Salzberger, 1993, p. 372).

² Daremos dos ejemplos: “independencia” para referirse bien a la imparcialidad o neutralidad (Shapiro, 1981), bien al conjunto de garantías institucionales que 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, p. 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, p. 8).

La elaboración conceptual que se sigue en esta primer 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 de manera concienzuda este concepto desde una perspectiva empírica. Los términos positivo y normativo se utilizan con frecuencia 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 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.

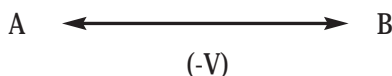
Toda la disquisición conceptual que se sigue sobre la independencia judicial se encuentra formulada, por lo tanto, en un plano eminentemente normativo. Esta circunstancia, sin embargo, no impide que pasemos, en una segunda fase, a la medición u observación del concepto. En efecto, es lícito y posible 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 existente sobre medición de la misma (véase Munck y Verhuilen, 2001). 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 sino que a dicho concepto se le 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

³ Un hecho es empírico cuando es observable directamente, y es objetivo pero 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).

mediciones tendrán diferentes consecuencias dependiendo del plano que tengamos en cuenta: mediciones contrarias a su marco referencial indicarán, desde un plano positivo, que la independencia judicial no existe o que ésta es insuficiente; desde el normativo, en cambio, indicarán que el estado de cosas es reprobable o que habrá que tomar medidas para cambiar el estado de cosas.

EL MARCO REFERENCIAL DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL: DIMENSIONES

La palabra independencia, sin más, implica la ausencia de un vínculo entre un sujeto y un objeto. Eso significa que podemos distinguir tres elementos: un sujeto (A), un objeto (B) y un vínculo negativo, o la ausencia de un vínculo (-V).



Como en este caso se trata de definir la noción de independencia “judicial”, incorporaremos aquellos sujetos y objetos propios de un sistema de justicia. De ello se deriva que el sujeto (A) puede ser el juez individual, el poder judicial en su conjunto o las decisiones judiciales. Del mismo modo, el elemento (B) puede ser el gobierno, la legislatura, los medios de comunicación, grupos de poder económico, organizaciones no gubernamentales, otros jueces, partes del juicio, público general, otros organismos pertenecientes al sistema de justicia. Sin embargo, creo que resulta más apropiado definir el concepto de independencia judicial de modo que su connotación refiera sólo al juez individual, y no al poder judicial en su conjunto o a determinados “productos” de la actividad del juez. Esto debido a que 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 señala la inexistencia de un vínculo, más adelante veremos cuál, entre un juez individual y los actores que integran el elemento B.

A esta dimensión podríamos denominarla “negativa” porque indica 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.

Para facilitar la comprensión, sería conveniente nombrar a esta dimensión con un enunciado negativo, 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 la 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 los grupos económicos, etcétera. 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, los posibles vínculos entre el juez y los actores antes mencionados 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 de manera directa 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, si no predicamos un contenido positivo implícito y a través del cual cobren 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 la interpretación de las fuentes del derecho y a la verdad de los hechos”.

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 los siguientes cuadros:

CUADRO 1. DIMENSIÓN NEGATIVA

<i>Primera Dimensión Negativa</i>		
Juez individual	← — →	Gobierno
Juez individual	← — →	Legislatura
Juez individual	← — →	Medios de comunicación
Juez individual	← — →	Grupos de poder económico
Juez individual	← — →	Organizaciones no gubernamentales
Juez individual	← — →	Otros jueces
Juez individual	← — →	Partes del juicio
Juez individual	← — →	Público general
Juez individual	← — →	Órganos no jurisdiccionales del sistema de justicia

Nota: clasificación no taxativa ni excluyente.

CUADRO 2. DIMENSIÓN POSITIVA

<i>Segunda Dimensión Positiva</i>		
Juez individual	← — →	Fuentes del derecho o regla de decisión
Juez individual	← — →	Hechos

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 de 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 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:

i) El poder en la dimensión positiva: como ya anticipamos, la dimensión positiva indica una afirmación, un contenido real y no una mera negación o exclusión. Ese contenido, dijimos, 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 del 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). Es preciso dotar a los jueces de recursos organizativos, económicos, información, educación legal, etcétera, 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”.

El poder, en este sentido, es una condición necesaria pero no suficiente de la independencia judicial, porque un juez puede ser al mismo tiempo poderoso —porque cuenta con los recursos para ejecutar sus decisiones— y dependiente —porque otros actores ejercen injerencias impropias sobre él. Las cualidades añadidas (al poder) que se precisan para que un juez ejerza de modo independiente su magistratura consisten, en mi opinión, en 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) la ausencia de injerencias indebidas que, como ya mencionamos, constituye la dimensión negativa. Sin estas dos cualidades, no podemos hablar de un juez poderoso e independiente a la vez.

i) *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, etc.), 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 podemos entender 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 a través de los cuales las partes u otros sujetos pueden hacer valer sus preferencias. Por ejemplo, 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

⁴ Debemos la incorporación de este último ingrediente (lealtades políticas) al exhaustivo trabajo de Díaz Rivillas y Ruiz Rodríguez (2003) sobre la independencia judicial en Nicaragua.

que no es lícito hacer es coaccionar, amenazar o sobornarle para que tome tal o cual decisión. Es decir, los actores que integran el elemento B no pueden ejercer ningún tipo de “poder” que no sea el que la ley permita o acepte como legítimo.⁵

Existen, sin embargo, 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?⁶, ¿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?, ¿hasta qué punto los procesos de desafuero promovidos por el Congreso contra determinados jueces no constituyen acciones ilegítimas 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

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 preferencias reales 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 consigo 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 (véase Schedler, 2003, p. 15).

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 hacer en esos casos es recurrir a la decisión.

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

De conformidad con lo que venimos diciendo, 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 se vincula en forma directa con actores políticos y actitudes, no con estructuras institucionales.

Como dijimos anteriormente, 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 de todas sus fuentes— en la resolución de un caso concreto. Es importante señalar, también, que esta bidimensionalidad del concepto es aplicable tanto a los sistemas regidos por el *common law*, 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 —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.

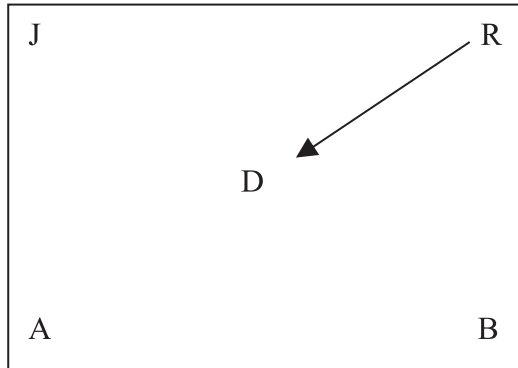
Analizadas estas dos dimensiones de un modo sistémico, podríamos representar la independencia con base en un modelo cognitivo idealizado (Schedler, 2000, p. 391). Este modelo se compone de dos cuadrados: al

⁷ Por ejemplo, Becker (1970) sugiere medir el grado de independencia de una corte a través 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 del gobierno, cuando por otro lado respondía a intereses de sectores conservadores. En este caso, la corte chilena era poderosa pero dependiente de sectores contrarios al gobierno.

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

primero podríamos por conveniencia denominarlo el cuadrante de la “imparcialidad”, y al 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, que denominaremos A y B; un actor externo al conflicto, al que llamaremos J (el juez), llamado a resolver la disputa de modo imparcial; una regla R o conjunto de reglas que permiten resolver el conflicto de modo más o menos predecible; y una decisión D (dictada por el juez) que cierra el caso de manera imperativa y que determina a quién le asistía la razón jurídica (*ibid.*, p. 392).

FIGURA 1. IMPARCIALIDAD

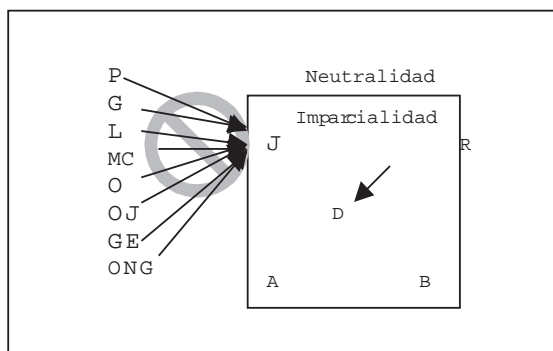


Fuente: Schedler (2000, p. 392).

Un segundo cuadrante estaría conformado por los sujetos analíticos que incorporamos en la dimensión negativa (con excepción de las partes): medios de comunicación (MC), gobierno (G), Poder Legislativo (L), grupos de poder económicos (GE), organizaciones no gubernamentales (ONG), órganos no jurisdiccionales del sistema de justicia (O), otros jueces, especialmente sus superiores (OJ) y público general (P). De acuerdo con nuestro modelo ideal, estos sujetos no deberían interferir de manera ilícita en el modo en que un juez resuelve un caso concreto. Han sido incluidos en un cuadro aparte porque en

la mayoría de los casos no constituyen “partes” del juicio, de allí que conviene denominar a este segundo cuadro con el término “neutralidad”. Ambos cuadros quedan representados de este modo:

FIGURA 2. INDEPENDENCIA JUDICIAL



Fuente: Elaboración propia

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, 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 (*op. cit.*, p. 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, sin embargo, esta 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— a través de las cuales el fenómeno de la independencia tiene lugar. La distinción es de suma importancia, porque la mayoría de la literatura, en mi opinión, comete el error de identificar este tipo de variables con el mismo concepto de independencia judicial.⁹ Derivado de ello, existe un debate 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.

Conviene destacar que todas estas variables tienen un carácter instrumental, es decir, están sustentadas en hipótesis sobre condiciones que facilitan la independencia. Por ejemplo, se sostiene que el hecho de que el poder judicial elabore su propio presupuesto y determine sus necesidades, le libra de cualquier injerencia proveniente de la manipulación de fondos económicos. En el mismo sentido, se afirma que el hecho de que los jueces tengan un sueldo digno les libra de las tentaciones de aceptar sobornos. Pero todas estas asociaciones no son más que hipótesis o generalizaciones de sentido común, algunas más autoevidentes que otras. Porque si el origen es “hipotético”, si la virtualidad instrumental de estas condiciones no se encuentra comprobada 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 leer algunos de los listados más autorizados elaborados hasta el momento sobre este tema: observaremos que los autores difieren en los com-

⁹ Esto pudo deberse, como bien destaca Schedler (*ibid.*, p. 390) a que desde el principio el debate se centró en cuestiones de diseño institucional.

ponentes 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, el hecho de que los jueces sean elegidos por el gobierno no supone necesariamente que posteriormente el juez decidirá los casos en función de las órdenes que reciba del ejecutivo (Toharia, 1999). En cualquier caso, ese hecho debe ser probado. Algunos estudios empíricos sugieren más bien lo contrario: en algunos 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

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 seminal 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 quiero aquí desconocer la capacidad instrumental de los arreglos institucionales; se puede llegar también a los resultados que muestran Feld y Voigt, 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.

¹⁰ Daremos un ejemplo: la existencia de procedimientos meritocráticos para la promoción de jueces es encasillada por Hammergren (2001) como una garantía tendente a asegurar la "integridad" (*integrity*) del poder judicial, mientras que ABA/CEELI lo ubica cómo una garantía que promueve la "independencia".

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 de cultura política, en estructuras judiciales muy verticalizadas impone calladamente ciertos apegos, determinadas actitudes y preferencias que recortan la independencia.

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, p. 25). De allí la importancia de lograr observaciones y mediciones precisas y confiables.

La incorporación de estas variables —formales o informales— al marco referencial del concepto, creo, es una cuestión a decidir entre dos polos de un continuo: mayor o menor connotación. Si las incorporamos como atributos definitorios del concepto de independencia judicial, necesitaríamos saber cuál es el conjunto preciso de reglas o prácticas informales que coadyuvan a lograr la neutralidad en la aplicación del derecho (a menos que arbitrariamente estipulemos uno), es decir, tendríamos problemas para determinar la “connotación del concepto”. Si las dejamos fuera del marco referencial del concepto, podríamos investigar si dichas variables operan como causas o condiciones que facilitan la independencia. Sugiero mantener dichas instituciones como variables independientes y a la independencia como variable dependiente. Este es el único modo para 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 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 a través de los cuáles 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 de estas amenazas.¹⁴ Propongo, en cambio, que las variables institucionales se mantengan separadas del marco referencial del concepto para poder indagar cuál es la relación empírica de cada una de

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 Daremos algunos ejemplos de injerencias indebidas que no contaron, y en muchos casos no cuentan, con garantías formales preventivas capaces de evitarlas: 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, etc.

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; propongo 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 ser así, el concepto medido es otro, no el de independencia judicial (tal como aquí queda conceptualizado). Queda por comprobar, en cambio, si a partir de dichas mediciones puede inferirse causalmente la independencia, pero sobre esto hablaremos cuando abordemos la segunda parte.

El cuadro 3 presenta cada uno de los objetos de la dimensión negativa y algunas variables institucionales vinculadas con ellos.

LA DIMENSIÓN POSITIVA: ALGUNOS PROBLEMAS ANALÍTICOS

Ahora nos toca decir algo sobre la dimensión positiva. Como dijimos, la vinculación entre el derecho, los hechos y el juez es el elemento implícito por el cual todas las demás exclusiones cobran significado. Es preciso destacar, sin embargo, que —teóricamente— esta vinculación se supone distinta dependiendo del origen del sistema legal que tengamos en cuenta. En efecto, el prin-

¹⁵ Otros términos posibles: independencia estructural (Salzberger, 1993) o independencia como garantía (Diez Picazo, 1992). No quiero dejar de citar a Luis Diez Picazo, cuya clasificación de la independencia judicial —desde el derecho—, a mi entender, es la más precisa y útil de todas las que he encontrado. Este autor distingue entre independencia judicial como función y como garantía. La primera se adecua, en lo principal, a nuestra definición, y se 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.

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

CUADRO 3. VARIABLES INSTITUCIONALES DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL: INDETERMINACIÓN DE SU CONNOTACIÓN

<i>Denominaciones tentativas</i>	<i>Algunas garantías: indeterminación</i>
<p><i>Garantías protectoras de la imparcialidad</i> Juez ↔ Partes</p>	<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.
<p><i>Insularidad</i> Juez ↔ Gobierno y legislativo</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Selección por méritos. -Inamovilidad. -Inmunidad. -Intangibilidad de sueldo. -Prohibición de tener afiliación política partidaria. -Las decisiones judiciales sólo pueden ser revocadas por otro juez. -Otras.
<p><i>Independencia interna</i> Juez ↔ Otros jueces</p>	<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.
<p><i>Independencia societal</i> Juez ↔ Medios de comunicación, grupos de poder, ONG's</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Los terceros no pueden presentar recusaciones. -No conviene televisar los juicios. -Otras.
<p><i>Autonomía funcional o independencia estructural</i> Poder judicial ↔ Gobierno y legislativo</p>	<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 garantizada 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.
<p><i>Validez y ejecutoriedad de las resoluciones judiciales</i> Decisiones judiciales ↔ Gobierno y legislativo</p>	<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 de lo contrario.

cipio 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: “los jueces [...] no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma” (*Del espíritu de las leyes*, libro XI, capítulo VI). 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 traduzca. En cambio, en los sistemas del *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 texto clásico de Merryman, 1971).

No hay más que decir aquí que 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 la validez de la norma.
- b) Decisión sobre la interpretación de su significado.
- c) Decisión sobre la 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 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 lo 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 (1987, p. 18) ha distinguido tres grupos de factores condicionantes: a) actitudes epistémicas, b) actitudes axiológicas, y c) factores extraños o *ad hoc*.

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” (véase Spaeth y Segal, 1993). Dicho modelo concibe a la conducta judicial como fundamentalmente determinada por las “actitudes” axiológicas o valores políticos subyacentes. Los estudios realizados aplicando este modelo (monotético y monocausal) exhiben que la identificación de los jueces con determinados valores o preferencias políticas es un predictor bastante fiable de la conducta judicial. Las implicaciones 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 a el marco de posibilidades decisorias que permite la norma en cada caso concreto.

La realidad parece estar más bien en medio 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 de manera que permita inferir la falta de independencia judicial.

Para resumir estas disquisiciones, podemos decir que, para 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 que es activista político, no podemos negar que la interrogante sobre la independencia del juez se traslada al interrogante sobre la neutralidad de la ley, de las instituciones o de la 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 la siguiente interrogante: ¿es neutral el derecho que se aplica? Estas preguntas son, sin lugar a dudas, ineludibles. La conceptualización que propongo, 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 indica 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 esas preferencias lleven 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. En otras palabras: de la independencia judicial no se sigue la neutralidad del derecho.

Shapiro (1981) señala que cuando el juez pasa de ser un mero árbitro o tercero imparcial que resuelve una disputa privada a 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 de la ley, sea el del propio 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 el hecho de que incluso los gobernantes se encuentran sujetos a las mismas (véase Solum, 1994, p. 122). Pero no debemos engañarnos: la verdad es que la tal 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 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 aquí propongo 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 me extenderé más sobre el asunto.

¹⁷ Shapiro (1981, p. 24) va más allá al señalar 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.

De acuerdo con estas consideraciones, propongo un concepto de independencia judicial inmerso dentro de una cultura concreta que está 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 propongo 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.

Desde otro punto de vista, más normativo o reformista, una concepción empírica de este tipo tiene sus implicaciones: no es la cultura política algo que deba ser visto como indeseable en la 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 en el transcurso del tiempo, y sus decisiones se enmarcan dentro del marco 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 misma noción de independencia. A nuestro entender, la noción de independencia es una noción, 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, temores y 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.

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 al mismo tiempo 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

Como dijimos más arriba, la independencia es un concepto que indica que un juez interpreta el derecho (dimensión positiva) libre de injerencias de las partes, de otros jueces, del gobierno, de la sociedad civil, etc., 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, p. 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

¹⁸ Por medición en ciencias sociales entiendo el proceso a través del cual determinados fenómenos son expresados en un lenguaje que los haga comparables. Clasificar observaciones en categorías, ordenarlas y contarlas, es una manera de expresar las observaciones en el lenguaje de la medición (Przeworski y Teune, 1970, p. 93).

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, p. 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: “la existencia real o el grado de dependencia o independencia de los jueces es imposible de detectar. Es algo consciente o inconsciente en la mente de los jueces” (2001).

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

Para ello, resulta 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 mediante 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).

¹⁹ Esta circunstancia, como bien destaca Schedler (*op. cit.*, p. 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, 1999, p. 1), y que estos últimos 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 que son interpretadas en términos probabilísticos (Przeworski y Teune, 1970, p. 94).

En los siguientes apartados 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 debilidades 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 de 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 esto no es posible —puesto que la independencia judicial no puede ser observada de modo directo—, 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 de que dichas proposiciones generales o hipótesis sean aplicables para todo el universo a medir (o sea, que sean equivalentes para cada caso), y que las mediciones sean confiables (es decir, que las mediciones sean consistentes sin importar los objetos a medir). En las páginas que siguen trataré de abordar estos desafíos. Pasemos ahora a los métodos de medición de la independencia judicial.

ANÁLISIS DE LA CONSISTENCIA JURÍDICA

El primer método consiste en la evaluación de la congruencia entre las decisiones de un juez con las normas (inferencia de la dimensión positiva).

En general, es posible 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 podría formularse de este modo: “el juez independiente resuelve el caso de conformidad con el marco de posibilidades 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 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, cabe 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 corresponde con el marco de posibilidades decisorias que creemos que permite la norma”.

Regla de inferencia: “Todas las sentencias que correspondan con el marco de posibilidades decisorias que creemos que permite la norma, probablemente fueron 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 (*op. cit.*, p. 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 ya 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 termina contraviéndolas de manera abierta y sistemática (*ibid.*).

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 mayoría 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 por lo regular no lo es. Otra dificultad radica en la “validez” de nuestras inferencias. La detección de inconsistencias jurídicas puede indicar 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, p. 11).

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

Como dijimos, el principal problema que presenta 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 del positivismo decimonónico que, aunque sigue vigente en nuestra concepción del derecho (Schedler, 2000, p. 392), no resulta realista a la hora de comparar sentencias sobre ese mito ni de fundar un 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” (*ibid.*, p. 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 acon-

²⁰ Tan es así que el mismo Schedler (2000), 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 Electoral (IFE) de México, a pesar de que afirma que las leyes electorales, en general, son las que menor margen de arbitrariedad permiten al juzgador.

sejable 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 aún en los casos paradigmáticos.²¹

ANÁLISIS DE LA CONSISTENCIA AXIOLÓGICA

Se trata de evaluar 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 consistencia jurídica de las decisiones judiciales. Más allá de que siempre la ley permite múltiples alternativas, existen leyes más precisas que otras. Y aún 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 son contenidos por 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 el juez tiene una única exigencia: que justifique de modo racional su decisión, utilizando argumentos lógicos y axiológicos.²²

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 exhibió falta de independencia.

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. Sin embargo, la realidad es diferente. Las decisiones políticas (entre las que se encuentran las

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 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 de manera sistemática 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 en las que los valores en juego son los mismos. Cualquier cambio de este tipo, podría ser “sospechoso” de parcialidad o dependencia. Formulamos en seguida los componentes de esta inferencia:

judiciales) suponen, además de juicios descriptivos y explicativos sobre el mundo empírico y juicios instrumentales, juicios morales. Pensemos, por ejemplo, en aquellas decisiones que prohíben o permiten el 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.

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, probablemente fueron resueltos por un juez independiente”.

Indicador (de refutación): La frecuencia observada no exhibe un patrón axiológico estable.

El problema para este tipo de medición consiste, en primer lugar, en que ésta exige un estudio cualitativo y profundo de un número suficiente de casos judiciales, además de que requiere evaluar cuándo esos casos son resueltos en condiciones de incertidumbre normativa. En segundo lugar, 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 otorga a los mismos. Hasta ahora no sabemos de ningún juez que haya fijado un listado semejante para darlo a conocer y que se someta a él implacablemente. Y aunque se pudiese determinar con firmeza cuáles son los valores en juego, siempre existirán hechos de difícil encuadre.

Un estudio de este tipo es el que realizó Roberto Gargarella (1498) 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 en el transcurso 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 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

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).

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 los patrones del poder político? Sólo acudiendo a otras vías de medición podremos saberlo.²⁴

ANÁLISIS DE LA LEGALIDAD DEL PROCESO:

INFERENCIA DE LA DIMENSIÓN POSITIVA

Es obligación de los jueces llevar adelante el proceso judicial de acuerdo a normas preestablecidas. El hecho de que un proceso sea resuelto en clara violación a las garantías del debido proceso puede ser utilizado como un indicador que permita inferir la deshonestidad del juez (por ejemplo, que al imputado o procesado por un delito no se le permita ver a su defensor, que la policía deshaga pruebas relevantes con la aprobación del juez, que el juez supiera que los testigos habían declarado bajo amenazas o sobornados, etc.). Según lo anterior, podríamos estipular los 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 cumpliendo con las garantías del debido proceso”.

Regla de inferencia: “Todos los juicios que se llevan a cabo cumpliendo con las garantías del debido proceso probablemente fueron resueltos 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 fundamentalmente en su validez. Muchas veces, todas estas violaciones al debido proceso, a menos que sean fla-

²⁴ Gargarella (1998, p. 454) parece haberse dado cuenta de esta contradicción.

grantes, 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 más bien valdrán 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.

ANÁLISIS ESTADÍSTICO: 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 (el gobierno, la legislatura, las partes, organizaciones privadas, etc.). El poder, como ya dijimos, puede ser definido como la relación causal entre preferencias y resultados (Dahl, 1963; Cameron, 2002, p. 135). En otras palabras, un actor A tiene poder sobre otro actor B cuando un resultado particular es deseado 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, lo mismo que 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—entre éstos las actitudes axiológicas del juez, los hechos y las leyes— se mantiene constante, de modo que se permita la comparación. Tenemos entonces la siguiente secuencia de preferencias y resultados:

CUADRO 4. ANÁLISIS ESTADÍSTICO: UN EJEMPLO DE BASE DE DATOS.

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

Supongamos que tenemos únicamente la observación número 1. Con ella no podemos inferir ningún vínculo entre A, B y J. Ahora agreguemos la observación número 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 de manera sistemática con las posiciones de determinado actor, podemos inferir cierta probabilidad de que no se hayan tomado independientemente. Hacemos explícitos a continuación 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 determinadas categorías de sujetos, es probable que haya sido resuelto por un juez dependiente de los mismos”.

Indicador (de refutación): La frecuencia observada no registra una tendencia clara a favorecer determinadas categorías de sujetos.

En el cuadro 5 mencionaremos algunos ejemplos de estas aproximaciones en la literatura contemporánea.

CUADRO 5. ANÁLISIS ESTADÍSTICO: ALGUNOS ESTUDIOS EMPÍRICOS

<i>Nombre</i>	<i>Unidad de análisis</i>	<i>Método</i>	<i>Muestra</i>
González Casanova (1974)	Corte Suprema México	Cuantitativo	3 700 amparos contra el Estado
Schwartz (1973)	Corte Suprema México y Estados Unidos	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 Suprema 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

Esta 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 recolección 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 propia 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.

En tercer lugar, hay evidencias muy fuertes para conjeturar que la variación de los resultados del juicio no es exclusivamente producto de las injerencias impropias, y que puede explicarse 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, o sea, 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 (1998) 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 más fuerte de “dependencia” de la Corte que la mera relación de sentencias dictadas a favor o en contra. Es oportuno destacar, sin embargo,

²⁵ Mediciones que presentan estos problemas: González Casanova (1970), Schwartz (1973), Salzberger (1999), 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.

que este indicio no nos serviría para analizar jueces de 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 comprobación. El control de la variable “legalidad de los hechos”, ciertamente, constituye la mayor debilidad de estos estudios.

La misma 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 el que el Estado sólo tiene un interés formal, que en un caso de relevancia institucional (Rossen, 1987, p. 12; Larkins, 1996, p. 617; Helmke, 1998, p. 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 Helmke (1998)²⁷ 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-administrativo, en casos concernientes a la constitucionalidad de decretos, o cuando el Estado es parte) esta aproximación metodológica es más accesible; no sucede lo mismo, en cambio,

²⁷ Helmke (1998, p. 10) investigó la independencia judicial de la Corte Suprema Argentina respecto del Poder Ejecutivo durante el periodo 1976-1995, y seleccionó aquellos casos en las que el gobierno era parte o 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. De los casos decididos a favor del Estado, cerca de 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, 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 se adhieran simplemente a lo argumentado por otro, o el hecho de que existan votos en contra y a favor. La hipótesis subyacente es que 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 disentir de lo expresado por otros jueces. Vale apuntar, sin embargo, que la hipótesis no está del todo confirmada: Kluger (1976) y 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, p.7) aportan evidencias contrarias.

cuando pretendemos medir la independencia judicial respecto de otros actores (como 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 que podría 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 es un fenómeno monolítico. La constatación de que un determinado tribunal, por ejemplo, es dependiente de determinados actores políticos no nos permite aplicar ese resultado a todo el universo de los jueces de un determinado 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 de manera exclusiva el grado de independencia de la Corte Suprema respecto del gobierno en turno. Es escasa la literatura, en cambio, que aborda la independencia de los tribunales inferiores respecto de otros agentes que no sean 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 del gobierno. Muchos países han tenido y tienen experiencia con cortes adictas a las fuerzas armadas o su-

bordinadas a partidos políticos de la oposición, o tribunales sobornables por élites 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 en 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: las mediciones *de iure* o “formales” y las mediciones “*de facto*”.

El primer tipo consiste únicamente 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. Este tipo de mediciones es el más fácil de lograr y de menor costo, porque supone únicamente

comprobar la existencia de determinadas previsiones legales o constitucionales. Como ya dijimos, existen diversas cláusulas —relacionadas con el sistema de selección de jueces, la promoción, el salario, o el presupuesto de la justicia, etcétera— que fueron promulgadas con la finalidad de preservar la independencia. Se trata pues, de observar si dichas disposiciones se encuentran vigentes o no²⁹ (véase el cuadro 6).

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 igualmente 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 Fernn, 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.

El segundo tipo, las mediciones *de facto*,³⁰ intenta comprobar el *efectivo cumplimiento* de variables o modelos normativos que pretenden evitar injerencias indebidas, y asegurar, de este modo, la independencia judicial (véase el cuadro 7). Este tipo de mediciones comienza estipulando determinados “estándares” o “modelos” normativos que tienen una justificación teórica, que posteriormente se contrastan con la realidad mediante valoraciones (a través de expertos o encuestas, con o sin operacionalización de variables) acerca del grado en que los hechos se aproximan a dichos ideales.

²⁹ En la misma línea, eliminar pueden citarse los trabajos de Cappelletti (1988), American Bar Association (en Hambergren, 2001), Hambergren (2001), USAID (2001).

³⁰ El término técnico 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.

En ambos casos, los componentes del silogismo inferencial son similares. Los exponemos a continuación.

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*).

Las mediciones *de iure* y *de facto* constituyen avances muy fecundos sobre el tema de la independencia judicial. *A priori*, aportan 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. Mediante la estipulación de pautas o estándares normativos, así como de las operaciones necesarias para comprobar 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: los métodos de auditoría y los métodos comparativos.

MÉTODOS DE AUDITORÍA

- Finalidad: detectar problemas para implementar reformas.
- Técnicas de recolección de información múltiples.
- Carece de conceptualización rigurosa.

CUADRO 6. MEDICIÓN DE INSTITUCIONES. MEDICIONES DE IURE

Nombre del índice	Dimensiones	Cuantificación	Nivel de medición	Agregación	
Feld y Voigt, (2002) De Iure Index of Judicial Independence	Competencias de la Corte estipuladas en la Constitución	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 entre el número de variables del que se pudo obtener datos.	
	Proceso de selección de jueces				
	Estabilidad del mandato				
	Legitimación				
	Asignación de casos				
	Control de constitucionalidad				
	Publicidad				
Rossen (1987)	Integridad	4 componentes	Cualitativa y objetiva: constatación de garantías	Sin agregación	
	Independencia personal	7 componentes			
Blasti y Cingranelli (1995)	Remoción de jueces limitada: estabilidad en el cargo	No previsto en la constitución	Ordinal	Sin agregación	
	Audiencia públicas	0			
	Cargos judiciales ocupados por profesionales	Previsto parcialmente en la constitución			1
	Autonomía fiscal	Previsión completa en la constitución			2
	Separación de poderes				

CUADRO 6. (CONT.)

Revisión judicial		Ordinal	Sin agregación	
Sistema recursivo jerárquico				
Camp Keith (1999) Índice de previsión constitucional sobre independencia judicial	Plazos garantizados	0	Sin agregación	
	Decisiones finales	1		
	Jurisdicción exclusiva	2		
	Inexistencia de cortes especiales o militares	(-1)		
	Autonomía fiscal			
	Separación de poderes			
	Proceso meritocrático de selección de jueces			
	Revisión judicial			
Hanssen (2002)	Sistema recursivo jerárquico			
	Selección de jueces por concurso			
Herron y Randazzo (2002)	Selección de jueces a través de afiliación partidaria			
	Estabilidad	Vitalicio 1 No vitalicio 0		
	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			
		Catagórica	Sin agregación	
		De intervalo	Sin agregación	

CUADRO 6. (CONT.)

La Porta et al., (2002)	Tiempo del mandato: De la Corte Suprema De tribunales contencioso-adm. Control judicial de la administración Existencia de la regla obligatoria del precedente	Vitalicio Más de 6 años - 2 Menos de 6 - 1 Si -1 No -0 Si -1 No -0	De intervalo	Sin agregación
Smithy e Ishiyama (2000)	Posibilidad de que las sentencias que declaran la constitucionalidad de las normas pueden ser revocadas por otros	Claramente prohibido por la Constitución Sin mención en la Constitución	0 -1	Se suman los puntajes y se divide entre la cantidad de variables. Corre de 0 a 1
	Alcance del control judicial de constitucionalidad	Control abstracto y a priori A priori pero limitado a ciertas materias Control a posteriori y mediando caso concreto	-1 -0.5 0	
	Tiempo del mandato judicial	Vitalicio Más de dos periodos legislativos Menos de dos periodos legislativos Menos o igual a un periodo legislativo	-1 -0.66 -0.33 0	
	Actores que participan en la selección de los jueces	Un solo actor Participan dos Más de dos	0 -0.5 -1	
	Quién crea las normas que rigen	El poder judicial Legislatura	-1 0	
	Dificultad en remover jueces	Sin mención de la Constitución Mención abstracta de que los jueces son removidos por mala conducta Mención específica de conductas que dan lugar a remoción	-1 0 -0.5	

- 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), auditorías ciudadanas sobre calidad de la democracia en Costa Rica.³¹

MÉTODOS COMPARATIVOS

- 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.
- 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 comprobar hipótesis.

Si tenemos en cuenta estas distinciones y evaluamos los trabajos de medición expuestos, podemos hacer las siguientes consideraciones. Para empezar, 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. El trabajo de ABA/CEELI y el de Hammergren (2001) constituyen, tal vez, los listados más consistentes y justificados con la teoría y la

³¹ Proyecto Estado de la Nación (2001), documento de trabajo núm. 2. "Auditorías ciudadanas sobre la calidad de la democracia: reflexiones sobre su potencial cívico y académico".

CUADRO 7. MEDICIÓN DE INSTITUCIONES. MEDICIONES DE FACTO

Nombre del índice	Dimensiones	Estándares normativos	Medición	Nivel de medición	Agregación
Blackton, Amideast (en Hammergren, 2001)	Nombramiento y evaluación de jueces		Subjetiva: valoración de expertos	Ordinal (1-4)	No aparece
	Sistema disciplinario				
	Intervención impropia del ejecutivo				
ABA/CEELI (1999) (Véase Hammergren, 2001)	Preselección y nombramiento de jueces	2 asuntos	Objetiva y subjetiva. Valoración de expertos e indicadores subjetivos (véase Hammergren, 2001)	Ordinal (5-1) cada asunto	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 asuntos			
	Presupuesto y salarios	2 asuntos			
	Salvaguardias frente a influencias impropias	8 asuntos			
	Jurisdicción y poderes judiciales	4 asuntos			
	Transparencia del proceso	4 asuntos			
	Ética	3 asuntos			
	Condiciones laborales	2 asuntos			
	Asignación de casos	2 asuntos			
	Apoyo del sistema judicial por ONG	2 asuntos			

CUADRO 7. (CONT.)

<p>Auditoría ciudadana sobre calidad de la democracia. Estado de la nación Costa Rica (2002)</p>	<p>El sistema de selección de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia preserva la independencia de poderes.</p>	<p>Los funcionarios que ejercen la autoridad policial y jurídica son nombrados mediante reglas técnicas, abiertas al escrutinio público</p>	<p>Evaluación de expertos (subjetivos) e indicadores objetivos. Se acudió también a registros administrativos. Encuestas disponibles. Estudios previos</p>	<p>Ordinal (de acuerdo a la valoración subjetiva del panel evaluador) 1 Incumplimiento severo 2 Incumplimiento general 3 Cumplimiento medio 4 Cumplimiento general 5 Cumplimiento pleno</p>	<p>No hay agregación</p>
<p>Hammergren, (2001)</p>	<p>Selección de jueces Manejo de la carrera judicial Administración interna Recursos Procesos judiciales Profesión legal</p>	<p>Varios componentes por cada dimensión</p>	<p>Valoraciones de expertos, rupos panel, jueces, abogados, etc. Justificada en información objetiva.</p>	<p>Ordinal</p>	<p>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.</p>

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 menciono aquellos dos que, en mi opinión, se asocian con el concepto de independencia judicial.

CUADRO 7. (CONT.)

Nombre del índice	Indicadores	Cuantificación	Agregación
Voigt (2000)	Tiempo efectivo promedio de mandato	Tiempo efectivo promedio X 0.05	Se suman todos los puntos y se dividen por el número de variables del que se pudo obtener datos.
	Desviación del tiempo efectivo respecto del plazo legal	Si 0	
	Remoción de juez antes de terminar su plazo legal	Si 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	Si 1	
	Presupuesto se mantuvo constante en términos reales desde 1960	Si 1	
	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	
	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	

praxis de la independencia judicial. A pesar de que no recogen mediciones concretas y, por lo tanto, no es posible valorar los resultados de ambas técnicas, la crítica que se le puede realizar a estas propuestas es que adolecen de las dificultades y sesgos propios de pretender operacionalizar dichas variables a través de valoraciones de expertos, disminuyendo la validez y fiabilidad de los indicadores.

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, considero que el autor omite, a diferencia de ABA/CEELI (véanse también las recomendaciones de Hammergren, 2001), la rivalización 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 consideradas en el índice *de iure* y encontrar que no han sido corroboradas empíricamente en su índice *de facto*. Dichas omisiones, creo, 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 en inglés *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.³²

³² Quiero aquí señalar 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

De manera más general, podemos decir que la hipótesis sobre la que se basan estas inferencias no se encuentra rigurosamente confirmada. Muchas de las garantías y modelos estipulados tienen un origen teórico sólido; otros, en cambio, provienen de la praxis. No debemos alarmarnos por basar nuestras inferencias en semejantes hipótesis si estas 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 partiendo de este tipo de inferencias probabilitarias. La conclusión que se sigue de estas consideraciones es que conviene justificar la utilización de cada una de las garantías o modelos utilizados.

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. Es decir, las dimensiones a medir deben ser suficientes, exhaustivas y excluyentes. Estas características son difíciles de lograr puesto que, en este tipo de mediciones, aún no sabemos cuántas ni cuáles son las variables o componentes a tener en cuenta, lo que significa que 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 ya 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 teoréticas. Más adecuado es el procedimiento sugerido por ABA/CEELI de sumar todos los puntos y asignar categorías a determinadas can-

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; la cantidad de materias sujetas a tribunales administrativos sin control judicial posterior cada 10 años, etc.

tidades 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 que 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 lo tanto, podríamos combinarlos en un índice agregado.
- La ponderación de cada una de estas variables sólo podría lograrse correlacionándolas con otras mediciones que fuesen obtenidas por otros métodos (por ejemplo, correlacionado los resultados de la comparación estadística con las mediciones individuales de cada variable institucional).

MEDICIÓN A TRAVÉS DE PERCEPCIONES

Este método consiste en indagar la opinión de ciertos actores relevantes sobre el grado de independencia que goza un sistema de justicia. Se diferencia respecto de las mediciones *de facto*, los cuales utilizan valoraciones de expertos, en que 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. Hago 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. Expongo a continuación 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 otros agentes del sistema de justicia. Ejemplo clásico de este tipo de medición es el trabajo de Kenneth Johnson, quien diseñó un *ranking* 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 posible destacar el trabajo de Toharia (1999, p. 18), que expone, al 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 propios 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, como 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, 2002).

Estas mediciones resultan ciertamente válidas como indicadores de la cultura o del pensamiento de determinados sujetos; la validez es más discutible, en cam-

bio, 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 lo tanto, es probable que los usuarios de un sistema de justicia tarden en reconocer los avances producidos en materia de independencia judicial. Tampoco resulta difícil descubrir que algunos poderes judiciales de reconocida independencia reciben valoraciones de baja confianza o impresiones negativas por parte de la población (Hammergren, 2000, p.7). Esto se debe a que la hipótesis sobre la que se basa este método es empíricamente refutable: las percepciones no suelen reflejar de manera adecuada la realidad; eso dependerá de cuán informados se encuentren los encuestados.

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. Semejantes datos, a grandes rasgos, no reflejan niveles actuales de la independencia, sino que es posible interpretarlos 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 y usuarios.

Por otro lado, estas técnicas son apropiadas cuando lo que se quiere es medir la calidad de un servicio, por ello son muy utilizadas por los métodos de auditoría interna del poder judicial o por las 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 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. La opción más conveniente reside en combinar esta técnica con otros datos más objetivos.

A modo de síntesis, en el cuadro 8 se exponen 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, he dado una definición de independencia judicial susceptible de ser medida a través 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.

Es posible encontrar en los estudios que abordan la medición de la independencia judicial 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 aclarar 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 discutidos (enumerados en el cuadro 8) resulta problemática la validez de sus indicadores. En el