

**SOBRE LA INDEPENDENCIA  
DEL PODER JUDICIAL**

**UN ENSAYO DE TEORÍA CONSTITUCIONAL POSITIVA**

*Comunicación del académico Rodolfo Alejandro Díaz,  
en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias  
Morales y Políticas, el 28 de agosto de 2013*

*Las ideas que se exponen en esta publicación son de exclusiva responsabilidad de los autores, y no reflejan necesariamente la opinión de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.*

ISSN: 0325-4763

Hecho el depósito legal

© Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas

Avenida Alvear 1711, P.B. - Tel. y fax 4811-2049

(1014) Buenos Aires - República Argentina

[ancmyp@ancmyp.org.ar](mailto:ancmyp@ancmyp.org.ar)

[www.ancmyp.org.ar](http://www.ancmyp.org.ar)

Se terminó de imprimir en Pablo Casamajor Ediciones ([www.imagenimpresa.com.ar](http://www.imagenimpresa.com.ar))  
en el mes de mayo de 2014.

**ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS  
MORALES Y POLÍTICAS  
JUNTA DIRECTIVA 2013 / 2014**

*Presidente* . . . . . Académico Ing. MANUEL A. SOLANET  
*Vicepresidente* . . Académico Dr. SANTIAGO KOVADLOFF  
*Secretario* . . . . . Académico Dr. LEONARDO MC LEAN  
*Tesorero* . . . . . Académico Dr. RODOLFO A. DÍAZ  
*Prosecretario* . . . Académico Dr. JOSÉ CLAUDIO ESCRIBANO  
*Protesorero* . . . . Académico Dr. ROSENDO FRAGA

**ACADÉMICOS DE NÚMERO**

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Horacio A. GARCÍA BELSUNCE ....	21-11-79	Rodolfo Rivarola
Dr. Alberto RODRÍGUEZ VARELA .....	28-07-82	Pedro E. Aramburu
Dr. Natalio R. BOTANA .....	11-07-84	Fray Mamerto Esquiú
Dr. Horacio SANGUINETTI .....	10-07-85	Julio A. Roca
Dr. Leonardo MC LEAN .....	22-04-87	Juan B. Justo
Monseñor Dr. Gustavo PONFERRADA..	22-04-87	Nicolás Avellaneda
Dr. Gerardo ANCAROLA.....	18-12-92	José Manuel Estrada
Dr. Gregorio BADENI .....	18-12-92	Juan Bautista Alberdi
Dr. Eduardo MARTIRÉ .....	18-12-92	Vicente Fidel López
Dr. Isidoro J. RUIZ MORENO .....	18-12-92	Bernardino Rivadavia
Dr. Jorge R. Vanossi .....	18-12-92	Juan M. Gutiérrez

ANALES DE LA ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Hugo O. M. OBIGLIO .....	23-04-97	Miguel de Andrea
Dr. Alberto RODRÍGUEZ GALÁN .....	23-04-97	Manuel Belgrano
Dr. Fernando N. BARRANCOS Y VEDIA	28-04-99	Benjamín Gorostiaga
Dr. Juan R. AGUIRRE LANARI .....	27-11-02	Justo José de Urquiza
Dr. René BALESTRA .....	14-09-05	Esteban Echeverría
Dr. Alberto DALLA VÍA .....	14-09-05	Félix Frías
Dr. Rosendo FRAGA .....	14-09-05	Cornelio Saavedra
Embajador Carlos ORTIZ DE ROZAS....	14-09-05	Ángel Gallardo
Dr. Mario Daniel SERRAFERO .....	14-09-05	José M. Paz
Dr. Juan Vicente SOLA.....	14-09-05	Deán Gregorio Funes
Dr. Carlos Pedro BLAQUIER.....	27-08-08	Nicolás Matienzo
Ing. Manuel SOLANET .....	27-08-08	Joaquín V. González
Dr. José Claudio ESCRIBANO .....	27-05-09	Domingo F. Sarmiento
Dr. Rodolfo Alejandro DÍAZ .....	14-04-10	Dalmacio Vélez Sarsfield
Dr. Santiago KOVADLOFF .....	14-04-10	Estanislao Zeballos
Dr. Vicente MASSOT .....	14-04-10	Fray Justo Santa María de Oro
Dr. Felipe DE LA BALZE .....	14-04-10	Bartolomé Mitre
Lic. María Teresa CARBALLO .....	26-10-11	Roque Sáenz Peña
Dr. Héctor A. MAIRAL .....	26-10-11	Carlos Pellegrini
Dr. Eduardo Martín QUINTANA.....	26-10-11	Vicente López y Planes
Dra. María Angélica GELLI .....	12-12-12	Antonio Bermejo
Dr. Adalberto RODRÍGUEZ GIAVARINI.	12-12-12	Adolfo Bioy
Almte. Enrique MOLINA PICO .....	12-12-12	José de San Martín

**ACADÉMICO EMÉRITO**

Dr. Carlos María BIDEGAIN

**SOBRE LA INDEPENDENCIA  
DEL PODER JUDICIAL**  
**UN ENSAYO DE TEORÍA CONSTITUCIONAL POSITIVA**

Por el académico Dr. RODOLFO ALEJANDRO DÍAZ

**I**

El 9 de abril de 2013 la Señora Presidente de la Nación anunció el envío al Congreso de seis proyectos de ley –Reforma del Consejo de la Magistratura, Ingreso democrático al Poder Judicial, Publicidad de los actos del Poder Judicial, Creación de Cámaras de Casación, Publicidad y acceso directo a las Declaraciones Juradas de los funcionarios, y Regulación de las medidas cautelares contra el Estado– a los que refirió en conjunto como “Proyectos de Democratización de la Justicia”. Las propuestas del gobierno motivaron un ruidoso debate público y la aparición de un buen número de artículos técnicos fundados con diversos grados de amplitud y profundidad, la mayoría de los cuales objetaban la iniciativa oficial.

El 11 de abril la Academia hizo pública una breve Declaración crítica sobre la propuesta del gobierno, con expresa mención

de dos de los proyectos: la Reforma del Consejo de la Magistratura y la Regulación de las medidas cautelares contra el Estado. Cuando fui consultado como miembro de la Junta Directiva, señalé mi preferencia por un pronunciamiento de la Academia que aportara análisis crítico y fundamentación científica al magro debate al que se asistía en el país. El Congreso sancionó los proyectos, diversas presentaciones instaron la intervención de la Justicia y a la postre la Corte declaró la inconstitucionalidad de algunos de los aspectos más polémicos de la reforma en cuestión, fallo que motivó otra breve declaración de la Academia, pero esta vez laudatoria.

Como sigo pensando que en cuanto a eventuales declaraciones públicas el Estatuto de la Academia en su artículo 2° inciso e) orienta hacia opiniones fundadas, he considerado del caso hacer mi aporte en ese sentido presentando esta comunicación “**Sobre la independencia del Poder Judicial**”.

## II

Los seis proyectos enviados por el Poder Ejecutivo al Congreso –algunos con el Senado como cámara de origen y otros por Diputados– fueron sancionados en menos de dos meses, definiendo el marco normativo de la denominada “Democratización de la Justicia” del siguiente modo:

- **Ley Nacional N° 26.854** (BO 30/04/2013): Regula las medidas cautelares en causas en que interviene el Estado Nacional. Prohíbe cautelares que afecten sus bienes o recursos, o impongan cargas a funcionarios, o sean dictadas por jueces incompetentes (salvo en determinados casos). Limita su vigencia temporal a seis meses, tres para proce-

sos sumarísimos. Establece requisitos para que proceda la suspensión de actos estatales, medidas positivas y de no innovar.

- **Ley Nacional N° 26.853** (BO 17/05/2013): Dispone la creación de Cámaras Federales de Casación (Contencioso Administrativo Federal, Civil y Comercial, y de Trabajo y Seguridad Social), compuestas por 7 miembros, divididas en dos salas de 3 cada una. La presidencia será ejercida por el restante. Hasta tanto queden compuestas se integrarán por jueces subrogantes o conjueces.
- **Ley Nacional N° 26.856** (BO 23/05/2013): Obliga a pos-tear en Internet las decisiones de la Corte Suprema y las Cámaras Federales.
- **Ley Nacional N° 26.857** (BO 23/05/2013): Pone a consulta en páginas web las ddjj de magistrados y funcionarios públicos. Modifica el formulario de la declaración jurada que era exigida a los funcionarios con anterioridad.
- **Ley Nacional N° 26.855** (BO 27/05/2013): Reforma la ley del Consejo de la Magistratura. Entre otras cuestiones, amplía de 13 a 19 los miembros y establece la designación de 12 de ellos (representantes de jueces, abogados y académicos) por voto popular.
- **Decreto 577/2013** (BO 27/05/2013): Convoca a la primera elección de candidatos a consejeros.
- **Ley Nacional N° 26.861** (BO 03/06/2013): Regula el ingreso del personal al Poder Judicial de la Nación y al Ministerio Público de la Nación, mediante el procedimiento de concurso público, fijando –entre otras cuestiones– los requisitos para el ingreso.

La agrupación “Gente de Derecho” del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal promovió una acción de amparo contra la Ley 26.855 en defensa de la elección de los representantes por el claustro de abogados, de presentar su lista y participar en dicha elección. Argumentó que el mecanismo de elección de representantes de los abogados en el Consejo previsto en la ley cuestionada era violatorio del art. 114 CN, caracterizando la norma objetada –además– como el aspecto superficial y evidente de una maquinaria jurídica cuyo fin era derribar la independencia del Poder Judicial y la forma republicana de gobierno<sup>1</sup>.

La Jueza de Primera Instancia declaró la inconstitucionalidad de los artículos cuestionados dejando sin efecto la convocatoria para elección de miembros del Consejo de la Magistratura dispuesta por Decreto 577/13. Para así resolver, la Dra. Servini de Cubría sostuvo que la Ley 26.855 había desarticulado la estructura medular del esquema diseñado en el Art. 114 de la Constitución Nacional, afectando seriamente el principio de independencia del Poder Judicial, siendo que el requisito de la independencia requería que los tribunales sean autónomos de otras ramas del gobierno, estando libres de influencias, amenazas o interferencias de cualquier origen. Subrayó que las normas electorales específicas y las que reglamentan el funcionamiento del Poder Judicial, tenían el objetivo de velar por la independencia de los jueces, procurando evitar su participación en la política partidaria. Y concluyó que del análisis efectuado se verificaba la inconstitucionalidad de las normas analizadas, y su violación –entre otros– al principio de división de poderes por afectar la independencia e imparcialidad de los miembros del Consejo de la Magistratura<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Rizzo, Jorge Gabriel (Apoderado Lista 3 “Gente de Derecho”) s/ Acción de Amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional - Ley 26.855 - Medida Cautelar, Expte. N° 3034/13.

<sup>2</sup> Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional Federal N°1, en autos “Rizzo, Jorge Gabriel (Apoderado Lista 3 “Gente de Derecho”) s/ Acción de Amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional - Ley 26.855 - Medida Cautelar”, Expte. N° 3034/13”, 11/06/2013.



Contra la sentencia de primera instancia el Estado Nacional planteó un “*per saltum*” ante la Corte, que fue admitido. Con el voto de los Dres. Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Carlos Fayt, Juan Carlos Maqueda, Enrique Petracchi y Carmen Argibay (el voto del Dr. Zaffaroni fue en disidencia), la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad de los artículos 2º, 4º, 18 y 30 de la Ley 26.855. Asimismo, el fallo dejó sin efecto la convocatoria para la elección popular de candidatos consejeros efectuada mediante el Decreto 577/2013 y declaró la inaplicabilidad de las modificaciones introducidas por la Ley 26.855 con relación al quórum previsto en el artículo 7º, al régimen de mayorías y a la composición de las comisiones del Consejo de la Magistratura. El voto mayoritario concluyó que con la conformación del Consejo de la Magistratura la Constitución persigue como principal objetivo fortalecer la independencia judicial, habiéndose buscado para ello reducir la gravitación político-partidaria en la designación de los jueces. Entendió que el artículo 40 de la Ley 26.855 desconocía las garantías que aseguran la independencia del Poder Judicial frente a los intereses del Poder Ejecutivo, del Congreso o de otros factores de poder, en la medida en que obligaba al juez que aspirara a ser consejero a optar por un partido político. La Corte dijo que la ley resulta inconstitucional en cuanto: a) rompe el equilibrio al disponer que la totalidad de los miembros del Consejo resulte directa o indirectamente emergente del sistema político-partidario; b) desconoce el principio de representación de los estamentos técnicos al establecer la elección por voto popular de jueces, abogados, académicos y científicos; c) compromete la independencia judicial al obligar a los jueces a intervenir en la lucha partidaria; y d) vulnera el ejercicio de los derechos de los ciudadanos al distorsionar el proceso<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> CSJN, R.369.XLIX. “Rizzo, Jorge Gabriel (Apoderado Lista 3 “Gente de Derecho”) s/ Acción de Amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional - Ley 26.855 - Medida Cautelar, Expte. N° 3034/13”, 18/06/2013.

### III

En nuestro país, la percepción pública de la Justicia –especialmente del Poder Judicial y de la Judicatura– no es particularmente positiva. De un estudio reciente realizado por nuestra colega la académica Marita Carballo, he tomado algunos elementos relevantes para esta comunicación.

En la parte cualitativa del estudio, surge que se considera el Estado como el garante de los problemas inmediatos y el que debe resolver los problemas de justicia. La falta de justicia se considera un déficit del gobierno y no tanto del Poder Judicial y es planteada como un déficit del país; con esto se hace referencia a: a) crímenes no resueltos; b) ausencia de penas lo suficientemente severas para los criminales; c) impunidad de los miembros del gobierno sospechados de corrupción. En los *Focus Groups*, entre otras frases se registraron las siguientes: “A mí lo que me enoja muchísimo de este país es cómo funcionan las leyes. Nunca nada se esclarece, todos se escapan. No puedo entender como...”. “Todos sabemos que en el tema de la justicia hay coimas”. “Hay (que) mejorar ahora el Poder Judicial, el tema de leyes”. Sobre el Consejo de la Magistratura y la elección de los consejeros se registró alto desconocimiento tanto de la existencia cuanto de su significado<sup>4</sup>.

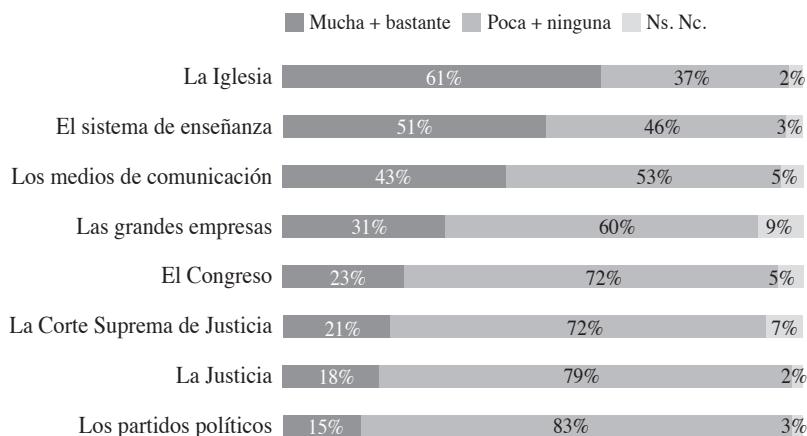
En la parte cuantitativa del estudio, los resultados son los siguientes<sup>5</sup>:

Las instituciones en las que más se confía son la *Iglesia* (6 de cada 10 confía mucho o bastante) y el *Sistema de Enseñanza* (5 de cada 10); en las que menos se confía son los *Partidos políticos* y la *Justicia* (casi 8 de cada 10 desconfía).

---

<sup>4</sup> Voices: *Clima electoral. Elecciones Legislativas: PASO 2013*. Informe de resultados. Julio 2013.

<sup>5</sup> Voices: *Estudio de Opinión Pública Nacional y Provincia de Buenos Aires*. Julio 2013.

**Confianza en distintas instituciones**

Al solicitar la opinión general sobre la justicia argentina actual, se advierten opiniones críticas: un 43% la calificó como regular y un 35% como negativa (mal o muy mal); sólo un 17% la evaluó positivamente (en los sectores más desaventajados la valoración positiva baja al 12%). Mirada en contexto diacrónico, la percepción –aunque se percibe un mejoramiento marginal comparándola con un sondeo realizado en 1994 que se presenta en los cuadros siguientes– la percepción sigue siendo fuertemente negativa. Acerca de la evolución de la justicia argentina en relación a 5 años atrás, un 14% manifestó que ha mejorado (mucho: 1%, algo: 14%), para un 42% que se ha mantenido igual y para un 37% ha empeorado (algo: 29%, mucho: 8%). Al consultar acerca de la evolución de la Justicia dentro de 5 años, un tercio piensa que mejorará (27%), un 40% que se mantendrá igual y un 16% prevé un empeoramiento.

**Opinión general sobre la Justicia**

	<b>Ene. 1994</b>	<b>Jul. 2013</b>
Positiva	9%	17%
Regular	40%	43%
Negativa	49%	35%
Ns. / nc.	1%	5%

**Evolución de la Justicia en los últimos 5 años**

Mejóro mucho	1%
Mejóro algo	13%
Se mantuvo	42%
Empeoró algo	29%
Empeoró mucho	8%
Ns. / nc.	6%

**Opinión acerca del acceso de la población a la administración de justicia en Argentina**

	<b>Ene. 1994</b>	<b>Jul. 2013</b>
Igual	8%	13%
No es igual	88%	81%
Ns. / nc.	4%	6%

Sobre la igualdad/desigualdad del acceso de la población a la Justicia en Argentina, se advierte un elevado consenso en que no es igual para todos (81%), sólo un 13% cree que es igual para todos y un 6% no se expidió; en todos los segmentos poblacionales prevalece en forma mayoritaria la idea de la desigualdad de acceso a la Justicia. Al consultar si la Justicia en nuestro país es imparcial o si favorece a los ricos y poderosos, la gran mayoría –en línea con los resultados precedentemente señalados– se inclinó por la segunda postura: para el 78% de la población la justicia argentina favorece

a los ricos y poderosos, un 13% sostiene que es imparcial y un 8% no supo responder. Y en cuanto a la independencia, seis de cada 10 creen que los Jueces están influenciados por el Gobierno, 2 de cada 10 consideran que son independientes y un 15% no se expidió sobre este tema.

#### Opinión acerca de la imparcialidad / parcialidad de la Justicia argentina

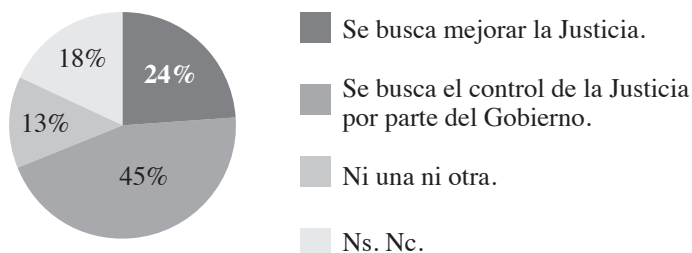
	Ene. 1994	Jul. 2013
Imparcialidad	10%	13%
Parcialidad	84%	78%
Ns. / nc.	6%	8%

#### Opinión acerca de la independencia de los Jueces con respecto al Gobierno

	Ene. 1994	Jul. 2013
Influenciados	70%	63%
Independiente	10%	22%
Ns. / nc.	16%	15%

Sobre el fin perseguido con las reformas propuestas por el gobierno, el 45% sostiene que tiene como fin controlar a la justicia, mientras que un 24% opina que el gobierno busca mejorarla.

#### Opinión sobre lo que busca el Gobierno con la Reforma de la Justicia



Sobre la declaración de inconstitucionalidad por la Corte de los cuatro artículos de la ley que establecía la reforma del Consejo de la Magistratura, hay opiniones divididas, con una leve mayoría a favor (29% a favor, 16% en contra) y desconocimiento (28%).

**Opinión sobre la declaración de inconstitucionalidad por parte de la Corte Suprema de algunos artículos sobre el Consejo de la Magistratura**

Muy bien	9%
Bien	23%
Regular	24%
Mal	13%
Muy mal	3%
Ns. / nc.	28%

En síntesis: la mayoría tiene una opinión muy crítica respecto de la justicia argentina; consideran que no es igual para todos, que favorece a los ricos y poderosos y que los jueces están influenciados por el gobierno; e incluso se la sospecha de corrupción; esa percepción negativa empeora en los sectores de menores ingresos.

El resultado no debería sorprender. Para apelar a un elemento literario, que se ha considerado siempre muy representativo de la lectura socio-cultural de la Argentina: el juez es “lo otro” que Martín Fierro. El poema de Hernández se refiere veintisiete veces al “juez”, nunca para nada bueno: es el que lo manda al fortín, el que lo toma entre ojos en una votación, el que le miente diciéndole que a los seis meses lo iban a relevar, el que planea hacerse rico con campos de la frontera, el que se queda con los bienes de la

gente, etc.<sup>6</sup>. En el *Martín Fierro*, el juez personifica la injusticia que es –en opinión de Martínez Estrada– “el tema fundamental del Poema”<sup>7</sup>. Es cierto que el esfuerzo constitucional consiste precisamente en dotar a las instituciones –entre ellas, la justicia– de prestigio social; pero no se debe ignorar el punto de partida “cuesta arriba” que aparece como una constante en lo profundo de la conciencia colectiva, especialmente en la conciencia popular.

#### IV

“La independencia judicial –definida en términos generales– es la capacidad de los tribunales de aplicar la legislación aprobada por la legislatura sin interferencia de los poderes legislativos o ejecutivos”<sup>8</sup>. En esta idea se distinguen dos perspectivas: una interna (o *normativa*, en el sentido de “axiológica”) y una externa (o *institucional*, en el sentido de “orgánica”). Desde la perspectiva axiológica, el concepto de independencia hace referencia a que “los jueces deben ser agentes morales autónomos, capaces de cumplir su deber público independiente de consideraciones venales o ideológicas”<sup>9</sup>; desde la perspectiva orgánica, en cambio, el concepto de independencia judicial se refiere a ciertas defensas institucionales contra las tentaciones o amenazas que el juez pudiera sufrir; más que un vector de rectitud personal, es una característica del medio organizacional en el que el juez desempeña

---

<sup>6</sup> Hernández, José: *Martín Fierro*, Editorial Gador, Buenos Aires (2009).

<sup>7</sup> Martínez Estrada, Ezequiel: *Muerte y Transfiguración de Martín Fierro*; Beatriz Viterbo Editora, Rosario (2005), pág. 641.

<sup>8</sup> Tridimas, George: *The determinants of independent judicial review*. School of Economics and Politics, University of Ulster, Shore Road, Newtownabbey, Co. Antrim, BT37 0QB; pág. 1.

<sup>9</sup> Ferejohn, John: *Independent judges, dependent judiciary: explaining judicial independence*. Southern California Law Review, Vol. 72:353; pág. 353.

su función<sup>10</sup>. Así la enfoca el Académico Dr. Jorge Vanossi en su Teoría Constitucional cuando señala que la Constitución Nacional pretende asegurar, como objetivo fundamental, “la independencia de los magistrados judiciales en el ejercicio de su delicada función”<sup>11</sup>; y agrega: “Por independencia no se entiende la asepsia ni la indiferencia axiológica, sino la emancipación de las lealtades partidarias preexistentes al nombramiento o los falsos deberes de gratitud y pleitesía con respecto al poder que los encumbró”<sup>12</sup>.

Esta comunicación se concentrara básicamente en la independencia judicial en el sentido institucional, es decir, en las previsiones constitucionales y los mecanismos políticos previstos deliberadamente por el orden jurídico para garantizar a los jueces el ejercicio de su función sin interferencias indebidas.

En la doctrina constitucional comparada se señala una amplia variedad de mecanismos que se establecen con el objetivo de garantizar la independencia judicial. “Estos mecanismos incluyen el método por el cual los jueces son seleccionados, el tamaño del tribunal constitucional, la duración de la investidura y la autonomía financiera de los jueces, el método de deliberación del Tribunal, la accesibilidad a la justicia por las personas físicas y jurídicas, la jurisdicción de los tribunales para tratar los casos y la condición de ‘final’ de la decisión judicial”<sup>13</sup>: a) el método de designación preferido es por el parlamento con mayoría especial, de modo de incluir a las minorías; b) no hay un tamaño óptimo; un tribunal constitucional pequeño baja los costos, tanto económicos como de transacción, pero aumenta el peso relativo de cada voto individual con los riesgos asociados; c) a mayor duración, más independencia

---

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> Vanossi, Jorge R: *Teoría Constitucional*; Abaledo Perrot, Buenos Aires (2013), Tercera Edición. Tomo II, pág. 1039.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> Tridimas, George: *Op. cit.* pág. 14.



—de allí que las designaciones de por vida son frecuentes— así como la intangibilidad de los salarios; d) la publicidad de los votos de los jueces y de sus fundamentos da transparencia y apoyo social, pero genera costos y riesgos frente a los gobiernos; e) la accesibilidad define la apertura de la protección de los derechos de los ciudadanos y la jurisdicción la amplitud de las decisiones de los otros poderes que la justicia puede revisar; un acceso más abierto y una jurisdicción más amplia aumentan la independencia judicial; f) por último, si la decisión del tribunal constitucional es definitiva, y sólo podría ser revertida —por ejemplo— con una reforma constitucional, la independencia institucional de la justicia es mayor<sup>14</sup>.

Todos los mecanismos institucionales creados para asegurar la independencia “sustancial” de cada uno de los jueces y tribunales de justicia, tienen raigambre constitucional. El “ambiente institucional de independencia”, está configurado por mandatos y prohibiciones dirigidos a los otros poderes del Estado. Se ha señalado<sup>15</sup> además, que un juez, “independiente” en los términos arriba indicados, “depende”, a pesar de todo, de los otros órganos de la Constitución; así —y para referirnos sólo a nuestro más alto tribunal— la Corte “depende” del Poder Ejecutivo para las designaciones y para el efectivo cumplimiento de sus decisiones (como en el caso “Mendoza” sobre el Riachuelo), así como del Congreso para la fijación de la jurisdicción y competencia (como en la Ley 48), o para las reglas procesales aplicables (como en la regulación del “per saltum”). De allí que se haya descripto el sistema constitucional norteamericano de organización judicial (modelo del nuestro) como “jueces independientes en una judicatura dependiente”<sup>16</sup>.

Estando los jueces y la judicatura incluidos en el complejo sistema de interacciones establecido por la Constitución, su carac-

---

<sup>14</sup> Tridimas, George: *Op. cit.*, págs. 15/18

<sup>15</sup> Ferejohn, John: *Op. cit.* pág. 3.

<sup>16</sup> Ferejohn, John: *Op. cit.*, pág. 24

terización analítica plantea cuestiones a resolver. Sobre todo porque los jueces y tribunales se perciben a sí mismos por un lado, como distintos de los demás actores del sistema político, y por el otro como totalmente ajenos al mundo de las transacciones del Mercado. Entonces, ¿se aplica a los jueces el mismo criterio de racionalidad que a aquellos otros, o el conjunto de previsiones constituciones establecidas para garantizar su independencia los pone fuera del ámbito de predicación de los modelos de *rational choice*?<sup>17</sup> Anticipemos que la pretensión de universalidad del postulado de racionalidad se sostiene. Y para demostrarlo hay que empezar por caracterizar las funciones de jueces y tribunales y su rol en el sistema constitucional de interacciones con el Legislativo y el Ejecutivo<sup>18</sup>.

La primera de esas funciones es de Resolución de Disputas; las actividades y transacciones entre personas se llevan a cabo en el curso normal de los negocios porque las partes no tienen que controlar personalmente y a cada paso si el otro va a cumplir lo acordado, si va a respetar la propiedad y los derechos; se sabe por anticipado que si alguien es agraviado puede llevar al transgresor ante un Tribunal que establecerá los hechos, declarará el derecho y decidirá el castigo al responsable y la compensación a la víctima. La segunda, es la función de Coordinación; esta función de los jueces opera ex ante, ya que sabiendo por anticipado lo que puede resultar de la intervención judicial, las partes pueden formarse expectativas racionales y coordinar sus actividades desde el principio; esa coordinación ex ante elimina costos de transacción en todas las interacciones sociales –no sólo en las económicas– y disminuye la litigiosidad. La tercera función –pero no la menos importante– es la de Interpretación de la Ley y aún de la Constitución; los jueces aclaran y reformulan las normas que organizan la vida privada (regulando las transacciones entre las personas) y

---

<sup>17</sup> La pregunta es de Richard Posner, citado en Shepsle, Kenneth: *Analyzing Politics*. pág. 474.

<sup>18</sup> Ver: Shepsle, Kenneth: *Analyzing Politics*. W. W. Norton & Company, New York (2010); Chapter 15: *Courts and Judges*; págs. 472 y ss.

pública (limitando el ejercicio de la autoridad por los funcionarios políticos y las instituciones), mientras que ellos mismos (jueces y tribunales) están a su vez sujetos a regulaciones por procesos políticos ordinarios (como el dictado de leyes que fijan jurisdicción o establecen procedimientos) o extraordinarios (como los procedimientos de designación y remoción). De allí que pueda decirse que los jueces son actores políticos y los tribunales instituciones políticas<sup>19</sup>. De lo que se trata entonces desde la perspectiva de la Teoría Constitucional Positiva es de explicar el comportamiento de jueces y tribunales como respuestas racionales a las condiciones del ambiente legal y político en el que se desempeñan.

## V

La dogmática constitucional tradicional aborda el análisis del funcionamiento de la judicatura sobre dos supuestos: por un lado, que la Justicia como objeto de estudio es un conjunto aislado de los demás componentes del sistema por los mecanismos constitucionales de protección; y por el otro, que el Poder Judicial es el último en intervenir en el proceso de las decisiones públicas (después que intervino el Congreso, el Poder Ejecutivo y la administración). Los jueces aparecen así como actores sin otras restricciones que la legalidad en sí y los mecanismos de contralor judicial a través de la apelación; por eso para la dogmática los únicos elementos explicativos de sus decisiones son la ley y la jurisprudencia<sup>20</sup>.

La Teoría Constitucional Positiva, en cambio, no ve a los jueces ni aislados en el espacio de la estructura orgánica ni últimos

---

<sup>19</sup> Shepsle, Kenneth: *Op. cit.*, pág. 480.

<sup>20</sup> *Ibídem.*

en el tiempo del proceso de las decisiones; sino incluidos como parte del sistema político institucional y actuando en medio de un proceso decisorio altamente interactivo (el proceso político), circunstancias ambas que ponen restricciones al comportamiento y las decisiones de jueces y tribunales. La racionalidad de la acción individual en la interacción social es “racionalidad estratégica”, que sabe que los otros sujetos también son racionales, y asume que está interactuando con “otras racionalidades”. Por tanto, los jueces –como los demás actores legítimos del sistema– actúan “estratégicamente”, es decir, que anticipan cómo van a reaccionar frente a su propia acción los otros actores políticos, y toman en cuenta esas posibles reacciones para decidir<sup>21</sup>.

El análisis “estratégico” del comportamiento de jueces y tribunales explica la función de Interpretación de la Ley sobre la base de una teoría de las relaciones de los tribunales con el Congreso, y la función de Limitación del ejercicio del poder por parte de la administración, sobre la base de una teoría similar de las interacciones con la burocracia. Para la Teoría Constitucional Positiva, los tribunales actúan estratégicamente cuando interpretan la ley, ya que en esta función los tribunales deciden con la restricción que les impone la posibilidad de que el Congreso dicte una ley revirtiendo esa interpretación judicial. Como sucedió por ejemplo con la Ley 24.463 –denominada Ley de Solidaridad Previsional– dictada por el Congreso en 1995 a iniciativa del entonces Ministro de Economía para modificar la tendencia dominante en esa época de la jurisprudencia de la Cámara de la Seguridad Social que venía concediendo sistemáticamente los reajustes de haberes reclamados por los jubilados. (Esta ley fue a su vez declarada inconstitucional por la justicia a partir de 1997).

La Teoría Constitucional Positiva aborda la independencia judicial en dos niveles. El primero examina las instituciones y

---

<sup>21</sup> *Ibídem.*

reglas institucionales que permiten a los jueces actuar con independencia<sup>22</sup>: la división de poderes, la designación sin término y la intangibilidad de las remuneraciones de los jueces, así como el poder disciplinario en manos de organismos donde los jueces son determinantes. El segundo considera “jueces independientes en una judicatura dependiente”, como fue explicado más arriba<sup>23</sup>. Así, la independencia judicial no es el efecto automático de las reglas constitucionales, ni del sistema de “checks and balances” por sí mismo; es la resultante de la interacción estratégica entre los tres poderes del Estado; es decir, del funcionamiento del Sistema Político.

Surge a esta altura de la argumentación la necesidad de exponer la razón por la cual los poderes políticos, que efectivamente tienen recursos de coacción, van a aceptar la limitación de una justicia independiente que no los tiene, pero que puede impedirles hacer lo que quieren (o creen que deben) hacer<sup>24</sup>. La dogmática asienta la respuesta en las normas constitucionales, que si bien destaca un elemento de innegable importancia, está lejos de ser concluyente: muchas veces esas normas –“barreras de papel”, como la llama Madison<sup>25</sup>– existen, pero la independencia judicial no.

La Teoría Constitucional Positiva mira más allá y se pregunta por los factores políticos que determinan los incentivos para aceptar una justicia independiente<sup>26</sup>. El autor que vengo comentando en este tramo, luego de señalar varios tipos de explicación del fenómeno –aumenta la credibilidad política del sistema dando permanencia a las leyes basadas en acuerdos políticos, mejora la

---

<sup>22</sup> Mc Cubbins, Mathew and Rodríguez, Daniel B.: *Op. cit.*, pág. 281.

<sup>23</sup> *Ibíd.*, con cita de Ferejohn.

<sup>24</sup> Stephenson Matthew C.: “*When the Devil Turns ...*”: *The Political Foundations of Independent Judicial Review*. The Journal of Legal Studies - Volume 32 (1), January 2003; pág. 60.

<sup>25</sup> Madison, James: *The Federalist*, Barnes & Noble, New York (2006), # 48, pág. 275.

<sup>26</sup> Stephenson Matthew C.: “*When the Devil Turns ...*”: *The Political Foundations of Independent Judicial Review*. The Journal of Legal Studies - Volume 32 (1), January 2003; pág. 61.

información de la legislatura mostrando los efectos de las leyes al resolver casos concretos, el gobierno puede echarles la culpa de alguna política impopular a los jueces, el público apoya la independencia judicial y sancionaría al político que la ataque— se inclina por la que sostiene que la racionalidad de la aceptación de la independencia judicial por los poderes políticos es que permite que los partidos minimicen los riesgos de la competencia política. Una judicatura independiente —dice— es un mecanismo a través del cual los partidos que participan en la competencia política tienden a garantizar la moderación mutua; la racionalidad de la aceptación de una judicatura independiente es que permite a los partidos minimizar los riesgos de una eventual derrota futura; la independencia judicial ofrece una valiosa función de “seguro” contra la incertidumbre política futura para los partidos que compiten<sup>27</sup>. Pero para eso —advierte— deben verificarse tres condiciones: que el sistema político sea suficientemente competitivo, que la doctrina judicial sea suficientemente moderada y que los partidos sean refractarios al riesgo y orientados al futuro<sup>28</sup>.

La investigación empírica evidencia una fuerte correlación entre competencia política estable e independencia judicial<sup>29</sup>. No existen mediciones directas de la independencia judicial, pero para verificar la hipótesis de que está determinada por la competencia política estable, se elaboraron tres índices: uno de independencia judicial como variable dependiente, uno de competencia política y uno de estabilidad democrática como variables independientes; y como variables de control se usaron índices de ingreso, de educación y la tradición cultural<sup>30</sup>. Una presentación sintética es la siguiente:

---

<sup>27</sup> Stephenson, Matthew C.: *Op. cit.* pág. 61/64.

<sup>28</sup> Stephenson, Matthew C.: *Op. cit.* pág. 59.

<sup>29</sup> *Ibidem.*

<sup>30</sup> Stephenson, Matthew C.: *Op. cit.*, pág. 79.

- **Índice de Independencia Judicial**

Fuente: US State Department Human Rights Report

Base: 183 países

65: justicia dependiente

44: situación ambigua

74: justicia independiente

- **Índice de Competencia Política**

Fuente: World Bank Database of Political Institutions

Base: 165 países (de 183)

55: Competencia política Baja

49: Competencia política Media

61: Competencia política Alta

- **Índice de Estabilidad Democrática**

Fuente: Polity IV Project (Center for Systemic Peace)

Base: 157 países (de 183)

68: Estable

89: No estable

La conclusión del desarrollo del modelo analítico –a través de las regresiones matemáticas que por su formalización y relativa complejidad exceden el marco de esta comunicación– termina arrojando resultados claros: los coeficientes de relación entre Competencia Política y Estabilidad Democrática con Independencia Judicial son positivos; el efecto de la competencia política en la probabilidad que un país tenga una judicatura independiente, es sustancial<sup>31</sup>; lo mismo se comprueba para la Estabilidad Demo-

---

<sup>31</sup> Stephenson, Matthew C.: *Op. cit.*, pág. 82.

crática<sup>32</sup>. En un contexto de estabilidad política, la independencia judicial es atractiva para los actores en tanto mecanismo de “moderación” de los impactos de la alternancia; la inestabilidad la hace menos atractiva. Por eso, la independencia judicial es más probable si el sistema político es competitivo; la hegemonía de un partido –aunque sea transitoria– la hace menos probable. De allí que los esfuerzos para asegurar la independencia judicial en ausencia de un sistema político competitivo y estable, difícilmente tengan éxito<sup>33</sup>.

## VI

Corresponde tratar ahora un tema que, aunque no ha concitado en la Argentina un nivel de debate similar al que tiene EEUU, reviste la mayor importancia para la Teoría Constitucional Positiva: la cuestión de la denominada “naturaleza contramayoritaria” del Control judicial de constitucionalidad, y en definitiva del Poder Judicial. En el ámbito académico norteamericano, la “dificultad contramayoritaria” se plantea en los siguientes términos: en tanto la democracia supone respeto a la voluntad popular, ¿cómo se explica un poder del Estado cuyos miembros no son responsables ante el pueblo, pero tienen el poder de anular decisiones populares?<sup>34</sup> Nuestro colega el académico Juan Vicente Sola en un reciente artículo en *La Ley*, explica la cuestión señalando que “aun cuando todos los actores pudieran influir en la legislación democrática, es improbable que las leyes resultantes sean en el

---

<sup>32</sup> *Ibídem.*

<sup>33</sup> *Ibídem.*

<sup>34</sup> Friedman, Barry: “History of the counter-majoritarian difficulty”. Part One. *New York Law Review*, May 1998, pág. 6. La formulacion original está en BICKEL, Alexander: *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Yale University Press - 1986.



interés igualitario de todos los afectados”<sup>35</sup>; y continúa: “en ausencia de límites contramayoritarios (...) las leyes democráticamente sancionadas pueden ser opresivas (...) contra minorías legislativas desfavorecidas”<sup>36</sup>; para concluir finalmente que “nuevas formas de considerar al control de constitucionalidad y al problema antimayoritario en la justicia constitucional” hacen de la “jurisdicción constitucional un asociado necesario al proceso legislativo democrático”<sup>37</sup>.

La Teoría Constitucional Positiva –por otro camino– se orienta en el sentido de esa “asociación necesaria” que señala Sola. Por ejemplo, frente a la caracterización –muy extendida en la academia norteamericana y que se escuchó hace poco en este país– del control judicial de constitucionalidad como “contramayoritario y antidemocrático”<sup>38</sup>, responde que “la verdad es lo opuesto: el control judicial apoya la soberanía popular mitigando el problema *principal-agente* que está en el corazón del gobierno democrático”<sup>39</sup>. El argumento es el siguiente: en un sistema democrático, el *principal* es la soberanía popular y el gobierno es su *agente*, que debe ejercer el poder de acuerdo a los términos que estableció el principal en la Constitución; pero el agente puede desviar el poder a su favor o en contra del principal que se lo otorgó, por eso son necesarios los mecanismos de control; pero para poder usarlos, el principal debe superar dos obstáculos: primero, un problema de información (saber que el agente se está desviando) y segundo, un problema de coordinación (la acción colectiva requiere coordinación amplia, que es difícil). Los jueces y tribuna-

<sup>35</sup> Sola, Juan Vicente: “La Corte Suprema y el nuevo proceso constitucional”. Diario *La Ley*, Año LXXVII N° 112.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> Law, David: “A Theory of Judicial Power and Judicial Review”. *The Georgetown Law Journal*, Vol 97, pág. 723.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

les a través de la revisión judicial de los actos del gobierno –sean éstos legislativos o administrativos– posibilitan la superación de los dos obstáculos señalados: al someter las transgresiones del gobierno (el “agente”) a un proceso de revisión que es público, informa a la sociedad (el “principal”) que la transgresión ha ocurrido, como una “alarma” que avisa que hay un incendio y, al anular una decisión inconstitucional del gobierno-agente, da una señal que todos ven y que todos saben qué significa, que permite coordinar las decisiones individuales en algún tipo de acción colectiva, como la luz de un “semáforo” coordina el cruce de las esquinas entre autos que van en distintas direcciones y peatones que caminan en distintos sentidos, generando una resultante racional que sin esa señal –por ejemplo, cuando sólo titila la luz amarilla– lleva al caos (de tránsito) que a veces experimentamos<sup>40</sup>.

Los acontecimientos recientes en la Argentina relacionados con la Reforma Judicial ilustran el análisis: el gobierno propuso las reformas con explícita intencionalidad política –lo que en sí mismo no es reprochable– y el Congreso la aprobó con un trámite bastante expedito y casi sin cambios. La reacción de los grupos de interés llevó la cuestión a los tribunales, y el debate judicial –en este caso multiplicado por la repercusión mediática– dio un alto nivel de información al público en general (el principal); como vimos antes al presentar los estudios de opinión pública, más del 80% estaba informado de la iniciativa del gobierno, 24% tenía una opinión positiva (que el gobierno buscaba “mejorar la justicia”) y el 45% una opinión negativa (que lo que pretendía era “controlar la justicia”); se cumplió así la primera función, que hemos llamado de “alarma”. Y posteriormente, la justicia declaró la inconstitucionalidad de los artículos más polémicos de la reforma. Dos meses después se llevaron a cabo las PASO, con los resultados conocidos. Aunque la cuestión requiere mayores estudios, no es aventurado conjeturar que la decisión cumplió la segunda función,

---

<sup>40</sup> *Ibídem.*

de coordinación, que hemos llamado de “semáforo”: emitir una señal que todos vieron y que todos pudieron entender.

Se lee con frecuencia que la independencia judicial cumple una función de apoyo a la característica contramayoritaria de la judicatura, necesaria para que jueces y tribunales protejan a los individuos y a las minorías de la persecución de los gobiernos y de las mayorías. Si fuese así, las mayorías no tendrían por qué apoyar la independencia judicial. Pero –como explica Law, a quien venimos citando– jueces y tribunales desempeñan funciones de coordinación y control que protegen la soberanía popular, permitiendo a la gente (el “principal”) ejercer un control efectivo sobre el gobierno (el “agente”); y la independencia del gobierno a quien debe controlar es funcional, no a una característica “contramayoritaria”, sino por el contrario, a un sentido claramente democrático<sup>41</sup>.

Queda ahora por tratar un tema al que la Teoría Constitucional Positiva le viene prestando atención: la Responsabilidad Política<sup>42</sup> de los jueces, lo que en la literatura norteamericana se llama “*accountability*”. En una sociedad democrática, el valor “independencia judicial” debe ser equilibrado con el valor “responsabilidad judicial”, equilibrio que se puede lograr sin afectar la independencia judicial<sup>43</sup>. La neutralidad judicial es una meta sustantiva en tanto permite un razonable nivel de confianza de la gente en el sistema, haciéndolo viable; pero esa neutralidad sólo se alcanza parcialmente, por lo que son necesarios otros mecanismos que propendan a lograr resultados aceptables; los dos más importantes son la estructura jerárquica de apelaciones y cierto tipo de responsabilidad política de los jueces<sup>44</sup>. Los instrumentos

---

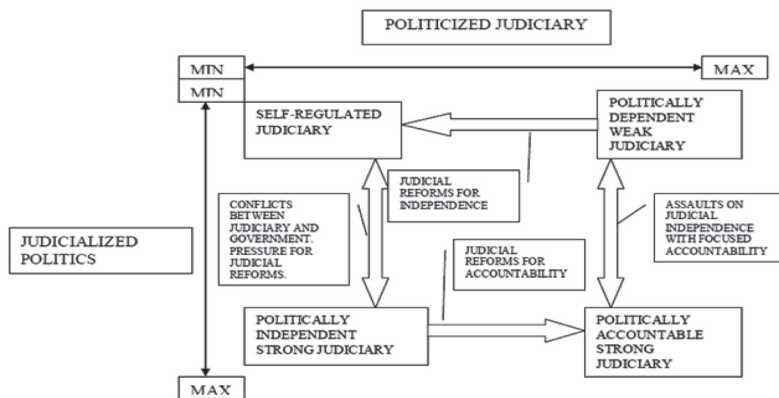
<sup>41</sup> Law, David S.: *Op. cit.*, pág. 786.

<sup>42</sup> “Responsabilidad republicana” sería probablemente la locución más precisa, pero connota sentidos de uso en el debate actual que prefiero evitar.

<sup>43</sup> Tinkham, Thomas: “Applying a Rational Approach to Judicial Independence and Accountability”. *William Mitchell Law Review*, Vol. 37.3, pág. 1633.

<sup>44</sup> *Ibíd.*

más usados para eso son los referidos a la designación, promoción y control disciplinario de los jueces, que en la experiencia comparada muestran una gran variedad, donde “consejos” de diverso tipo –como nuestro Consejo de la Magistratura– son una opción frecuente, generalmente con un objetivo explícito: separar a los jueces de la política partidaria pero manteniendo cierto nivel de responsabilidad frente a las instituciones y la sociedad<sup>45</sup>. Un adecuado diseño institucional permite asegurar la independencia judicial, pero en la medida que se van atribuyendo a la justicia cada vez más decisiones que en lo sustancial son propias del proceso democrático, aumenta la demanda de la sociedad por una mayor responsabilidad política de jueces y Tribunales<sup>46</sup>. Los autores que venimos citando presentan en el siguiente gráfico las posibles alternativas del “juego” entre independencia y responsabilidad<sup>47</sup>.



<sup>45</sup> Garoupa, Nuno and Ginsburg, Tom: *Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence*; John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 444 (2d Series). Public Law and Legal Theory Working Paper No. 250 (November 2008), The Law School –The University of Chicago.

<sup>46</sup> Garoupa, N. and Ginsburg, T: *Op. cit.*, pág. 18.

<sup>47</sup> Garoupa, N. and Ginsburg, T: *Op. cit.*, pág. 20.

El esquema es así: Hacia la derecha aumenta la politización de la justicia (entendida como la influencia de la política sobre los jueces) y hacia abajo aumenta la judicialización de la política (entendida como el sometimiento a decisión judicial de cuestiones políticas). Las cuatro posiciones extremas son: justicia débil políticamente dependiente (arriba a la derecha); justicia auto regulada (arriba a la izquierda); justicia fuerte políticamente independiente (abajo a la izquierda) y justicia fuerte políticamente responsable (abajo a la derecha). El aumento de la politización de la justicia genera demandas de mayor independencia, mientras que el aumento de la judicialización de la política genera demandas de mayor responsabilidad.

Se podría ensayar una aplicación de este modelo a la evolución de la judicatura en la Argentina en los últimos años. Podría decirse que al momento del Pacto de Olivos, la UCR consideraba que la justicia argentina era débil y políticamente dependiente (arriba a la derecha) y presionó por la creación del Consejo de la Magistratura para “despolitizarla” moviendo la situación hacia “arriba a la izquierda”. Luego de la crisis del 2001 no se cuestionaba al Consejo de la Magistratura pero la judicatura se veía débil por la percepción negativa de la Corte; el juicio político a cuatro miembros de la corte impulsado por Néstor Kirchner y su posterior reemplazo por Lorenzetti, Highton, Argibay y Zaffaroni, generaron una judicatura percibida como “fuerte e independiente”, que fue progresivamente interviniendo en cuestiones de naturaleza política (derechos humanos, indultos, jubilados, organización sindical) en las que generalmente coincidía con las preferencias del Gobierno), moviendo en consecuencia la situación hacia “abajo a la izquierda”. Pero aparecieron otros temas de significación política –el más evidente es el de la Ley de Medios– en el que la justicia intervino resolviendo de un modo diferente a las preferencias del Gobierno y otros actores del sistema político; esto generó demandas hacia la “responsabilidad política” de los jueces que

se expresaron en los proyectos del gobierno de “democratización de la justicia” que he comentado más arriba. Por el modo como fueron diseñadas esas iniciativas, con ellas se pretendía no sólo mover la situación “hacia abajo a la derecha”, es decir hacia una justicia fuerte pero políticamente responsable, sino más allá, hacia “arriba y a la derecha”, hacia una justicia débil y políticamente dependiente. El fallo de la Corte Suprema del 18 de junio pasado frustró esa pretensión; pero la cuestión del equilibrio entre la independencia judicial y la responsabilidad republicana de los jueces ha quedado abierta.

## VI

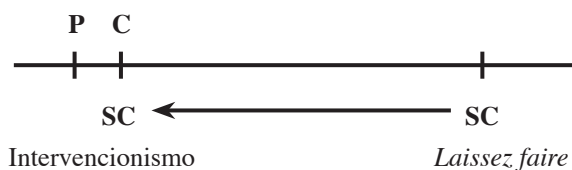
No hay consenso académico sobre cuáles son las condiciones necesarias para que haya independencia judicial. En este párrafo se desarrollará la hipótesis<sup>48</sup> —que ha ido ganando aceptación en el ámbito de la Teoría Constitucional Positiva— que cuando los poderes Ejecutivo y Legislativo están políticamente alineados (situación de “gobierno unificado”) el Poder Judicial tiene pocos recursos para enfrentarlos. En cambio, cuando entre los poderes políticos hay discrepancias significativas (situación de “gobierno dividido”), jueces y Tribunales tienen posibilidad de decidir con independencia. La independencia judicial depende de más cosas que la inamovilidad en las funciones y la intangibilidad de las remuneraciones; los funcionarios políticos tienen atribuciones constitucionales —ejercidas a través de prácticas sub-constitucionales *prima facie* legítimas— para modificar el marco de incentivos en el que se desempeñan los jueces, y así desalentar eventuales decisio-

---

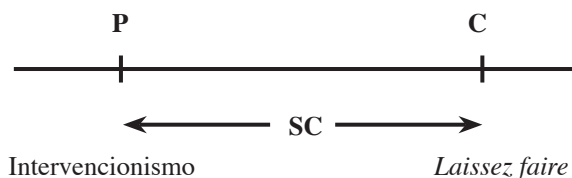
<sup>48</sup> Bill Chávez, Rebecca; Ferejohn, Tom A. and Weingast, Barry R.: *A Theory of the Politically Independent Judiciary: A Comparative Study of the United States and Argentina* in Helmke, Gretchen and Ríos-Figueroa, Julio (Editors): *Courts in Latin America*. Cambridge University Press, New York, 2011. pág. 219.

nes contra el gobierno<sup>49</sup>. O en su caso, para revertir una decisión judicial dictando nuevas normas (salvo en general el caso de una declaración final de inconstitucionalidad)<sup>50</sup>.

Para explicar su hipótesis, los autores en comentario proponen un “modelo espacial” que se representa con una línea que expresa el *continuum* de todas las posiciones posibles sobre el tema que esté en cuestión (en el gráfico del ejemplo, “intervencionismo” vs. “laissez faire”) en la cual **C** es la posición del Congreso, **P** la posición del Presidente y **SC** la posición de la Corte Suprema.



A: Modelo espacial de gobierno unificado.



B: Modelo espacial de gobierno dividido.

Cuando las preferencias del Presidente y el Congreso están muy cerca ( A: gobierno unificado), la Corte (o los tribunales, según el caso) tiende a no apartarse de las preferencias de los otros

<sup>49</sup> *Ibidem*.

<sup>50</sup> Ver *supra* (pág. 19), el ejemplo de la Ley de Solidaridad Previsional.

poderes por el riesgo de que dicten una norma para revertir lo que está decidiendo o de que le impongan represalias. En cambio cuando hay una separación suficiente entre C y P, (es decir entre las preferencias del Presidente y las del Congreso) la Corte tiene todo ese espacio para ubicar su decisión. Como hemos explicado más arriba (págs. 19-20), los tribunales al decidir tienen en cuenta la posible reacción de los otros actores: una reacción negativa de los poderes políticos (nueva norma o represalia) es más posible en un gobierno unificado<sup>51</sup>.

Los autores aplican luego ese modelo a dos países con estructuras constitucionales de tipo semejante pero con experiencias históricas totalmente distintas: EE.UU. y Argentina, y en los dos se verifica la hipótesis de la relación causal entre división política y el desempeño judicial independiente. En ambos, cuando el Congreso y el Presidente han estado divididos, la Corte ha mostrado más capacidad para actuar con independencia; por el contrario, cuando la Presidencia y el Congreso han estado controlados por un partido mayoritario homogéneo, la Corte en ambos países ha tendido a reflejar las preferencias de ese partido<sup>52</sup>.

Para analizar el caso argentino los autores en comentario establecen cinco periodos, dos de gobiernos unificados y tres de división: División política en la era pre-Perón, de 1862 a 1946; Gobierno unificado de 1946 a 1983; Gobierno dividido durante la administración Alfonsín, de 1983 a 1989; hegemonía del Partido Justicialista de 1989 a 1997; y división política en los últimos dos años de Menem, de 1997 a 1999<sup>53</sup>. En el siguiente cuadro sintetizo los resultados de ese análisis:

---

<sup>51</sup> Bill Chávez, R., *et al.*: *Op. cit.*, pág. 222.

<sup>52</sup> Bill Chávez, R. *et al.*: *Op. cit.*, pág. 232.

<sup>53</sup> Bill Chávez, R. *et al.*: *Op. cit.*, págs. 233/241.



**Situación política - Independencia judicial**

<b>Año</b>	<b>Situación Política</b>	<b>Corte</b>	<b>Fallos</b>
<b>1862 1946</b>	Fragmentación Política (Pre-Perón)	Confronta	Ríos (1863); Municipalidad de BA (1888). Sojo (1887)
<b>1946 1983</b>	Gobierno unificado (Perón, militares)	No confronta	Balbín (1950)
<b>1983 1989</b>	Gobierno dividido (Alfonsín)	Confronta	Rolón Zappa; La Prensa
<b>1989 1997</b>	Hegemonía del PJ (Menem)	No confronta	Molinas; Peralta (1990); Aerolíneas (1990)
<b>1997 1999</b>	Fragmentación Política (Fin Menem)	Confronta	Armas
<b>Post-crisis 2001</b>	Fragmentación Política	Confronta	Smith - Tobar - San Luis

**Fuente:** Bill Chávez, R. y Ferejohn, T. and Weingast, B.: *A Theory of the Politically Independent Judiciary*. Elaboración propia.

La periodización usada por los autores en comentario sirve a la función explicativa del modelo que proponen; sin embargo, luce magra para contener un proceso histórico tan extenso y tan complejo. Mucho se enriquecería este análisis –aunque probablemente sin variar las conclusiones en lo sustancial– si se incorporara por ejemplo la excelente cronología de las variaciones en la composición de la Corte Suprema que presenta con todo detalle nuestro colega el Académico Gregorio Badeni en su Tratado de Derecho Constitucional<sup>54</sup>.

El periodo de los últimos años, no considerado en el análisis que vengo comentando, no parece falsar la hipótesis básica: el

<sup>54</sup> Badeni, Gregorio: *Tratado de Derecho Constitucional*. La Ley, 3ª. Edición, Buenos Aires, 2010. Tº III, Cap. XIX, pág. 795 y ss.

gobierno de Néstor Kirchner evolucionó políticamente desde su asunción hacia un definido perfil de “gobierno unificado”, y no sólo forzó cambios en la integración de la Corte, sino que ésta durante ese período tendió a no apartarse de las preferencias de los poderes políticos, especialmente del Ejecutivo. El modo como el Alto Tribunal resolvió los Amparos presentados contra la Resolución 125<sup>55</sup> es el ejemplo más representativo: en “Confederaciones de Asociaciones Rurales Tercera Zona - Cartez”<sup>56</sup> se declaró incompetente, así como también en “Pilot”<sup>57</sup>, mientras que en “Zatlaukal”<sup>58</sup> rechazó la demanda *in limine*.

Aun el último fallo que declara la inconstitucionalidad de la reforma al Consejo de la Magistratura cabe en la hipótesis: los tribunales –como se ha expuesto más arriba– deciden “estratégicamente”, anticipando la reacción de los demás actores; así parece haberlo hecho la Corte “anticipando” el final del periodo de “gobierno unificado” y el comienzo de uno de “gobierno dividido”; y al fallar en contra de la pretensión del gobierno, confirmó la hipótesis.

En efecto, para la teoría de *rational choice* los actores se forman expectativas racionales sobre las variaciones futuras esperadas –teniendo en consideración la información de que disponen (sea ésta completa o incompleta)– y las toman en cuenta para decidir. Así como los mercados “descuentan” las variaciones esperadas y, por ejemplo, suben antes de que la recesión termine, los actores políticos “anticipan” los cambios esperados y –también

---

<sup>55</sup> Resolución N° 125 (10 de marzo de 2008) del Ministerio de Economía y Producción de la Nación. Establecía un régimen de retenciones móviles a las exportaciones de productos agrícolas. Motivó una muy activa resistencia del campo, que concitó el apoyo de amplios sectores de la sociedad y la presentación de una cantidad de Amparos. Culminó con el rechazo del Congreso en una sesión del Senado que se definió con el famoso voto “no positivo” del entonces Vicepresidente de la Nación, Ing. Julio Cobos.

<sup>56</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sentencia C. 393. XLIV, 8 de abril de 2008.

<sup>57</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sentencia P. 499. XLIV, 30 de setiembre de 2008.

<sup>58</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sentencia Z. 54. XLIV, 28 de mayo de 2008.

por ejemplo– se posicionan antes de que las elecciones se lleven a cabo<sup>59</sup>.

Mientras escribía esta comunicación, la Corte dictó cuatro Acordadas<sup>60</sup> quitando vigencia para todo efecto relevante a cuatro de las leyes de la Reforma Judicial pretendida por el gobierno; la restante había sido declarada inconstitucional en junio. La confirmación de la hipótesis aquí sustentada no puede ser más concluyente.

---

<sup>59</sup> Argumento aportado por el académico Felipe De la Balze en la discusión de esta comunicación en la sesión de la Academia del 28.8.13.

<sup>60</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación: Acordadas N°23/2013 (14/08/2013), N°24/2013 (21/08/2013), N°25/2013 (21/08/2013) y N°26/2013 (21/08/2013).

## Bibliografía

- Badeni, Gregorio: *Tratado de Derecho Constitucional*. La Ley, 3ª Edición, Buenos Aires, 2010. T° III, Cap. XIX, pág. 795 y ss.
- Bill Chávez, Rebecca; Ferejohn, Tom A. y Weingast, Barry R.: *A Theory of the Politically Independent Judiciary: A Comparative Study of the United States and Argentina* in Helmke, Gretchen and Ríos-Figueroa, Julio (Editors): *Courts in Latin America*. Cambridge University Press, New York, 2011.
- Brinks, Daniel: “Judicial Reform and Independence in Brazil and Argentina: The Beginning of a New Millennium?”; *Texas International Law Journal*, Vol. 40, pág. 595/622.
- Cooter, Robert: *The Strategic Constitution*. Princeton University Press (2000).
- Epstein, Richard A.: *The Independence of Judges: The Uses and Limitations of Public Choice Theory*. Brigham Young University Law Review - 1990, Págs. 827/855.
- Ferejohn, John: “Independent judges, dependent judiciary: explaining judicial independence”. *Southern California Law Review*, Vol. 72:353; pág. 353/384.
- Friedman, Barry: “History of the counter-majoritarian difficulty”. Part One. *New York Law Review*, May 1998.
- Garoupa, Nuno y Ginsburg, Tom: *Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence*; John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 444 (2d Series). Public Law and Legal Theory Working Paper No. 250 (November 2008), The Law School –The University of Chicago.
- Gerber, Scott D.: “The Political Theory of an Independent Judiciary”, *The Yale Law Journal Pocket*, Part 1 16:223 (2007) pág. 223/228.

- Geyh, Charles Gardner: *Judicial politics, the rule of law and the future of an ermine myth*. Indiana University Maurer School of Law-Bloomington; Legal Studies Research Paper Series Research Paper Number 165 (April 2010).
- Helmke, Gretchen y Staton, Jeffrey K.: *Courting Conflict: A Logic of Risky Judicial Decisions in Latin America*. Paper Prepared for the Workshop on the Rule of Law, Yale University, April 24-25, 2009.
- Helmke, Gretchen y Ríos-Figueroa, Julio (Editors): *Courts in Latin America*. Cambridge University Press, New York, 2011.
- Hernández, José: *Martín Fierro*, Editorial Gador, Buenos Aires (2009).
- Hirschil, Ran: "The Political Origins of Judicial Empowerment Through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions". *Law & Social Inquiry*, Vol. 25, No. 1. (Winter, 2000), pág. 91/149.
- Iaryczower, Matías José: *Essays on Political Influence*. Dissertation. University of California - Los Angeles (2005).
- La Porta, Rafael; López-De-Silanes Florencio; Pop-Eleches, Cristian y Shleifer, Andrei: *Judicial Checks and Balances*.
- Law, David S.: "A Theory of Judicial Power and Judicial Review"; *The Georgetown Law Journal*, Vol. 97, pág. 723/801.
- Madison, James: *The Federalist*, Barnes & Noble, New York (2006), # 48.
- Martínez Estrada, Ezequiel: *Muerte y Transfiguración de Martín Fierro*; Beatriz Viterbo Editora, Rosario (2005).
- Mc Cubbins, Mathew D. y Rodriguez, Daniel B.: *The Judiciary and the Role of Law*; in *The Oxford Handbook of Political Economy*, Weingast, Barry R. and Wittman, Donald (Editors), Chapter 15. Oxford University Press, Norfolk, UK, 2006.

- Segal, Jeffrey A.: “Separation-of-Powers Games in Positive Theory of Congress and Courts”. *The American Political Science Review*, Vol. 91, N° 1 (March, 1997), págs. 28/44
- Shepsle, Kenneth: *Analyzing Politics*. W. W. Norton & Company, New York (2010).
- Sola, Juan Vicente: “La Corte Suprema y el nuevo proceso constitucional”. *Diario La Ley*, Año LXXVII N° 112, Buenos Aires, 18 de Junio de 2013.
- Stephenson Matthew C.: “When the Devil Turns ...”: *The Political Foundations of Independent Judicial Review*. *The Journal of Legal Studies - Volume 32 (1)*, January 2003; pág. 59/89.
- Tinkham, Thomas: “Applying a rational approach to Judicial Independence and Accountability”. *William Mitchell Law Review*, Vol. 37:3; Págs. 1633/1655.
- Tridmas, George: *The determinants of independent judicial review*. School of Economics and Politics, University of Ulster, Shore Road, Newtownabbey, Co. Antrim, BT37 0QB.
- Vanossi, Jorge R: *Teoría Constitucional*; Abaledo Perrot, Buenos Aires (2013), Tercera Edición. Tomo II, p. 1039.
- Voices: Clima electoral Elecciones Legislativas - PASO 2013; *Estudio Cuantitativo, Informe de resultados* (Julio 2013).
- Voices: Clima electoral Elecciones Legislativas - PASO 2013; *Estudio Cualitativo, Informe de resultados* (Julio 2013).

## OBSERVACIONES Y COMENTARIOS

presentados por los señores académicos:

*Académico Manuel Solanet*

El académico Díaz mostró un modelo, incluso apoyado en una correlación estadística, que liga la independencia judicial con la competencia política y la estabilidad democrática, como si esta última generara incentivos para concurrir a una situación de independencia judicial. Creo que puede agregarse otra variable, y esta es una pregunta al académico Díaz. La llamada seguridad jurídica, que es un concepto bastante amplio y a veces no tan claro. ¿Es uno de los elementos básicos para que un país atraiga inversiones, promueva los negocios y genere crecimiento y bienestar? Y este es un objetivo deseable de cualquier gobierno. ¿No sería este también otro factor que podría incorporarse en un modelo en el que los gobiernos tienen el incentivo de ofrecer independencia judicial como un elemento de seguridad jurídica para fundamentar un proceso de crecimiento y de inversión?

*Académico Rodolfo A. Díaz*

La primera respuesta es sí. Pero quiero ser preciso para no irme de esta estructura de análisis. La independencia judicial pue-

da decirse que es un componente de la seguridad jurídica. Probablemente este análisis esté un paso atrás; se está preguntando cómo y cuáles son las determinantes de la independencia judicial. Probablemente podríamos hacer otro ejercicio parecido para otro componente de la seguridad jurídica, pero creo que lo que dice el académico Solanet es cierto; si los gobiernos quieren ofrecer seguridad jurídica para las transacciones deberían ofrecer independencia judicial, porque difícilmente pueda decirse que va a haber seguridad jurídica si no hay independencia judicial. Entonces me animaría a hacer otra corrección que lo hace más específico: a lo mejor tampoco podemos asegurar que podemos tener seguridad jurídica si no tenemos un sistema político competitivo en una democracia estable. Todo parece indicar que nos remite a eso, porque cuando uno dice un sistema político competitivo en una democracia estable, lo que está diciendo en definitiva es la verdad misma de la Constitución. Así que yo coincido.

*Académico Gregorio Badeni*

Mis sinceras felicitaciones al académico Díaz por su profunda y brillante comunicación.

Tengo dos dudas. Por un lado el académico Díaz sostuvo que la capacidad de maniobra del Poder Judicial se reduce sensiblemente cuando hay unidad entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. Creo que en los años 2002 y 2003 hemos visto todo lo contrario. Había una intensa unidad entre Poder Ejecutivo y Poder Legislativo y una Corte que, precisamente por declarar la invalidez de determinados actos de gobierno, en definitiva fue desarticulada. Cinco de sus miembros tuvieron que apartarse de ella, como consecuencia de las presiones y juicios de remoción



avalados por el oficialismo y sus aliados de todos los espectros, sobre la base de pueriles presiones políticas. De haberse respetado el orden institucional el Poder Judicial habría frenado la desmesura de los legisladores e integrantes del órgano ejecutivo.

El segundo aspecto el referente a la influencia de los jueces. Creo que tiene mucha razón el Dr. Díaz cuando nos dice que el gobierno puede tener una influencia decisiva sobre las decisiones de los magistrados judiciales, y eso es una señal de la existencia de un endeble sistema democrático propio de un proceso de transición hacia el autoritarismo. Hay una segunda influencia sobre la conducta de los jueces a la cual no se refirió explícitamente el Dr. Díaz. Ella está forjada por la conciencia de poder y su secuela que es la soberbia. En los 47 años que ejerzo la profesión de abogado me atrevo a decir, y creo que con el académico Vanossi somos los dos únicos que hemos integrado en una época el Poder Judicial, él en la Corte y yo en Cámara, que la soberbia de los jueces como consecuencia del conocimiento del poder que tienen es sorprendente. La mayoría de los jueces actúan abusando socialmente de su poder, y eso acarrea una imagen negativa en la sociedad del Poder Judicial. ¿Y eso que revela? Ausencia de ética republicana. Y el tercer elemento, a ese sí se refirió específicamente el académico Díaz, es el afán de muchos magistrados judiciales por prever los efectos políticos o los efectos sociales que pueden acarrear sus sentencias y que a veces los llevan a apartarse de sus funciones específicas que son las de aplicar la ley y tratar en todo caso de morigerar los efectos negativos de la ley mediante la interpretación racional. Los dos ejemplos más notorios que vimos fueron las acordadas de la Corte Suprema de 1930 y 1943 donde los jueces se apartaron de su rol específico y previeron los efectos políticos que podrían tener sus remociones si declaraban constitucionalmente inválido el golpe de estado que interrumpió la vigencia del Estado de Derecho. Quisiera conocer la opinión del académico Díaz.

*Académico Rodolfo A. Díaz*

Vamos al primer comentario, a la Corte de 2002. Esa es una manera de mirar esa Corte. El Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo estaban efectivamente alineados; a pesar de eso aquella Corte tomó algunas decisiones que desafiaban la línea de lo que era el gobierno de Duhalde, sobre todo en temas referidos a la pesificación y al final esa Corte fue modificada y sancionada y sufrió las represalias del poder. Eso es precisamente la hipótesis de mi comunicación: si los jueces desafían a los otros poderes cuando están unidos, sufren represalias; eso pasó en el caso que refiere el académico Badeni y es una clara confirmación de mi hipótesis. El argumento del análisis dice “las Cortes tienen en cuenta la posibilidad de represalias” y es un componente de la decisión de cómo construye sus decisiones la Corte, como cualquier otro actor del sistema político, toma en cuenta la posibilidad de las consecuencias de sus decisión y las posibilidades de cómo van a reaccionar los otros. Lo cierto es que creo que la Corte (esa Corte en ese momento) tomó esas decisiones, pero me parece que en el efecto estructural que lo que hace es confirmar la tesis. Es decir sí, cuando las cortes desafían ese tipo de situación, las represalias que prevé el modelo de lo que podría llegar a pasar, pasan. Eso en relación al primer tema.

En relación a la soberbia, también soy un abogado activo como el académico Badeni, no puedo más que coincidir. No quisiera ser irrespetuoso pero además de la soberbia, muchas veces, hay una asimetría enorme entre la calidad de los abogados y la calidad de los jueces, en beneficio de los abogados. Eso también se ve.

Y en cuanto a la conjetura sobre los efectos políticos, eso es precisamente lo que señala la comunicación; no estoy diciendo que esté bien, creo que eso lo entienden todos, no estoy postulando que este es el modo como debe funcionar, sólo estoy siguiendo una línea académica que analiza este tipo de cosas con este modo

de mirar los fenómenos; que trata de decir cómo funcionan, no como deberían funcionar. Probablemente deberían funcionar de otra manera, pero mi impresión es que bastante acertado. Todo indica que es así como las cosas funcionan. Creo que es esto lo que está pasando con la justicia hoy, y no sólo aquí; podría haber agregado no solamente las acordadas sino también podría haber agregado la sesión de la audiencia pública de hoy y de mañana, que no hace sino confirmar más o menos la línea general del argumento que hacen en esta línea de análisis.

*Académico Enrique Molina Pico*

Además de felicitar al académico Díaz por la exposición, y con perdón de todos los constitucionalistas presentes, creo que esto termina con alguna frase del Dante “perded todas las esperanzas...” porque si viendo el modelo, que me pareció muy claro, el gobierno está unificado, las posibilidades de que alguien del sistema actúe como “contra poder” para balancear son prácticamente nulas, salvo que aparezca algún agente externo. Pero lo expuesto en el modelo en sí mismo, no puede regular el sistema.