

THE ORIGINS OF POSITIVE JUDICIAL INDEPENDENCE¹

LISA HILBINK²

El artículo se basa en un análisis cualitativo de la literatura judicial a nivel comparado para argumentar que la fragmentación política no es necesaria ni suficiente para que los jueces enfrenten actores poderosos. En lugar de ello, se argumenta que es el comportamiento judicial asertivo o positivo al que le hace falta una motivación ideológica para impulsar a los jueces a tener ese tipo de comportamiento. Esas actitudes son constituidas social e institucionalmente en un proceso dinámico que moldea las percepciones de los jueces sobre el asertividad al interior y exterior de las cortes.

CONTENIDO

Introducción.....	1
La palabra respecto a las formas de comportamiento judicial.....	3
La fragmentación política: ni necesaria ni suficiente para la independencia positiva	3
Actitudes socialmente construidas, estrategias dependientes de la actitud	5
Activismo de alto riesgo en España.....	5
Autolimitador judicial y un despertador tardío en Chile	6
Discusión: ideas, incentivos y teorizar el comportamiento judicial	7

INTRODUCCIÓN

Construir el estado de derecho y mejorar la protección de derechos es un objetivo común para las democracias contemporáneas. Una de las formas que han sido recomendadas

¹ Síntesis elaborada por: Alberto Deaquino Reyes.

² Hilbink, Lisa (2012): "THE ORIGINS OF POSITIVE JUDICIAL INDEPENDENCE." En *World Politics*, vol. 64, núm. 4, Cambridge University Press. Disponible en: https://www.jstor.org/stable/41683128?seq=1#metadata_info_tab_contents.

por diversos académicos para alcanzar esos objetivos es fortalecer las instituciones jurisdiccionales en los países en vías de democracia.

Aunque las cortes no son, ni deben, ser las únicas instituciones que provean el estado de derecho ni la protección de derechos, es prudente que si pretenden contribuir a este fin deben de contar con una saludable dosis de autonomía formal.

Sin embargo, mucha de la literatura en el tema de comportamiento judicial demuestra que la independencia judicial formal, incluso cuando es respetada, no necesariamente produce decisiones en defensa de derechos o del estado de derecho, la correlación entre independencia formal y esta clase de decisiones es pobre o incluso negativa.

Reciente trabajo doctrinario establece una clara distinción entre autonomía judicial formal, o negativa, y comportamiento judicial independiente, o independencia positiva.

La independencia negativa se refiere a las reglas (formales e informales) que gobiernan el nombramiento de jueces, su disciplina, jurisdicción y presupuesto. Por otro lado, La independencia positiva analiza el comportamiento, esta clase de independencia solo se puede analizar empíricamente, es decir, como los jueces realmente actúan en casos donde se involucran poderosos actores políticos.

La pregunta clave es ¿Qué factores influyen para la independencia positiva? A diferencia de otros autores que creen que la fragmentación política es el elemento clave para determinar la independencia positiva, el autor asegura que ese elemento no es suficiente, ni necesario, para que la independencia positiva se presente.

El autor argumenta que es necesario analizar la forma en la que las actitudes judiciales y los procesos sociales e institucionales que las constituyen afectan la respuesta de los jueces ante la posibilidad de actuar contra factores políticos relevantes.

Las actitudes judiciales no es un bagaje inerte que espera las condiciones estratégicas para tomar acción, más bien es una característica fundamental para explicar la proclividad de los jueces para demostrar su autoridad frente a los actores políticos relevantes. Mas aún, la actitud de los jueces no se puede clasificar en un simple de derecha o de izquierda, sino en cómo entienden su rol dentro de un sistema democrático.

El entender que su rol es ser deferente o es cuestionar a las autoridades gubernamentales es un factor clave para explicar cuando los jueces intervienen.

LA PALABRA RESPECTO A LAS FORMAS DE COMPORTAMIENTO JUDICIAL

En este apartado el autor establece una diferencia en lo que normalmente se estudia como comportamiento judicial, es decir, las decisiones en lo particular de determinados jueces (ya sea mediante votos concurrentes o particulares) o las decisiones del tribunal (analizando las decisiones mayoritarias) de los más altos tribunales de los países analizados y la forma en la que el autor pretende analizar el comportamiento judicial.

El autor se separa de esta práctica de dos maneras. Primero, no se limita a analizar las decisiones de los tribunales cúspides, sino que también analiza instancias inferiores. Segundo, no solo limita el análisis de independencia positiva al actuar de los jueces en los tribunales, sino que también analiza su comportamiento fuera de los tribunales.

LA FRAGMENTACIÓN POLÍTICA: NI NECESARIA NI SUFICIENTE PARA LA INDEPENDENCIA POSITIVA

Para iniciar su análisis el autor primero pretende demostrar que la fragmentación política no es suficiente ni necesaria para que haya independencia judicial positiva.

Para el autor, las teorías de la fragmentación política están construidas en los modelos estratégicos de comportamiento judicial americanos, por lo tanto, asumen que los jueces buscan crear política y que actuaran en sus sinceras preferencias cuando puedan, pero, en los casos con una injerencia política acotaran su comportamiento en concordancia de como creen que reaccionaran los actores políticos.

Desde la perspectiva de estos teóricos, las preferencias de los jueces se vuelven irrelevantes en ambientes políticos de autoritarismos o partido hegemónico, ya que en estos casos las clases políticas no tendrían ningún problema en coordinarse para superar o intimidar la autoridad judicial, al saber esto los jueces evitan “hablar con verdad al poder”. Sin embargo, existen varios ejemplos donde los jueces se han levantado contra gobiernos excesivos.

En Italia, el partido Democracia Cristiana, primero solo y luego en coalición con los socialistas, dominó la escena política y evitó la alternancia política en la Italia posguerra. A pesar de no existir condiciones de fragmentación política los jueces italianos fueron proactivos en la lucha contra el terrorismo y la mafia, incluso con resultados fatales para los jueces.

En las primeras tres décadas de vida independiente de India, los jueces de la Corte Suprema India demostraron una notoria independencia positiva, en un contexto donde aparentemente no habría una oposición judicial se derribaron 128 piezas de legislación. La corte, famosa por sostener el derecho fundamental de propiedad en contra de las reformas de nacionalización de tierras, fue atacada por el gobierno al reformar la constitución para remover los derechos de propiedad de la jurisdicción de la corte, la corte respondió al declarar inconstitucional las reformas constitucionales.

Al final, su oposición al gobierno causó que este respondiera con llenar la corte con simpatizantes socialistas, y una vez que se declaró estado de emergencia, la corte mantuvo las políticas antiliberales del gobierno.

En Tanzania, los jueces fueron agentes cruciales de cambio social y su objetivo fue, en esencia, construir una nueva cultura jurídica. Para realizar semejante objetivo realizaron diversas actividades fuera de los tribunales como escribir columnas de periódicos sobre asuntos legales, trabajar en programas de cultura de legalidad y hacer apariciones en programas de radio. A pesar de actuar estratégicamente para fortalecer su posición en el sistema jurídico, su actuar fue proactivo y sin ser adversos al riesgo.

Por el lado contrario, es fácil encontrar ejemplos donde se aprecian las circunstancias de fragmentación política para que los jueces realicen independencia judicial positiva y, por el contrario, fueron pasivos.

En Costa Rica, las cortes tuvieron un rol menor en cuatro décadas de una sólida competencia política. Solo después de una reforma en 1989, que creó una sala constitucional especializada, fue que la Corte Suprema de Costa Rica empezó a garantizar derechos y a funcionar como contrapeso a otros poderes.

En Francia, la dominancia de partido terminó en 1981, pero los jueces ordinarios no iniciaron la investigación de actores políticos importantes hasta 1990. Antes de esta fecha incluso cuando existiera evidencia de ilicitudes no se permitían investigar.

En conclusión, la fragmentación política parece no explicar la presencia, negación o aparición de una independencia judicial positiva.

ACTITUDES SOCIALMENTE CONSTRUIDAS, ESTRATEGIAS DEPENDIENTES DE LA ACTITUD

Es necesario ir más allá de la afirmación tautológica de que los jueces se oponen a actores políticos poderosos cuando tienen sinceras preferencias para hacerlo y no lo hacen cuando no las tienen. El ¿Por qué? Del actuar de los jueces, incluso en regímenes autoritarios, de oponerse a actores políticos poderosos es la verdadera pregunta.

Para responder esta cuestión el autor sugiere que es necesario aceptar que los modelos americanos de comportamiento judicial no son lo suficientemente complejos y que el comportamiento no se forma por concepciones privadas e individuales, sino que son formadas social e institucionalmente.

Para demostrar lo anterior se analizan dos casos similares con conclusiones diferentes, los casos de España y de Chile.

ACTIVISMO DE ALTO RIESGO EN ESPAÑA

España el día de hoy es una vibrante y competitiva democracia liberal con un poder judicial que es tanto negativo como positivamente independiente. Sin embargo, a principios de 1970 seguía siendo una dictadura cuyo líder Francisco Franco había demostrado reprimir a la población de manera brutal.

Las cortes ordinarias no eran sujetas a la intervención directa del gobierno, pero, estaban sujetas a diversas medidas de control indirecto. De 1938 a 1964 los jueces eran requeridos hacer juramentos en favor de Franco y los ascensos eran controlados por el Tribunal Supremo quien reforzaba la idea que el juez debía mantener una actitud de completa sumisión y obediencia ante la voluntad del soberano.

En este contexto de alto riesgo un grupo llamado Justicia Democrática empezó a oponerse contra el régimen. En la banca Justicia Democrática se rehusó a perseguir a la gente por ejercer sus derechos humanos y perseguía a las autoridades por abusos. Fuera de la banca, actuando en sus respectivas capacidades profesionales, publicaron cuatro documentos anuales denunciando diversas afrontas de parte del gobierno a principios de derecho.

El autor está convencido que los jueces de Justicia Democrática tomaron semejantes riesgos por una redefinición del rol del derecho y las cortes en la vida pública. En resumen, los miembros de Justicia Democrática se opusieron al régimen de Franco gracias a un regionalmente difuso e inspirado socialmente deber de proteger a los ciudadanos de los abusos de la autoridad. Las alianzas con grupos ideológicos similares en otros estados cambian la perspectiva de los jóvenes juristas y los hizo menos adversos al riesgo comparados con sus pares.

AUTOLIMITADOR JUDICIAL Y UN DESPERTADOR TARDÍO EN CHILE

En importante contraste con el caso español, los jueces chilenos fueron consistentes en una defensa débil de los derechos de los ciudadanos. A pesar de que antes del régimen de Pinochet existieron condiciones de competencia política, los jueces no desarrollaron una postura protectora en la etapa de competencia, en el régimen de Pinochet y tardaron después del fin de la dictadura.

En los últimos cinco años, algunos jueces inferiores (especialmente en cortes penales) han empezado a tomar posturas independientes y novedosas en defensa de los derechos de las personas, desafiando en el proceso a sus superiores jerárquicos y chocando con las autoridades electas. Esta actitud les ha costado un cierto grado de reproche del público, especialmente cuando desafiaron la legalidad de la jurisdicción militar o demandar acción para solucionar las condiciones inhumanas de las cárceles.

También han formado una asociación profesional (Jurisdicción y Democracia) que organiza cátedras y discusiones públicas; publican ensayos y escriben en periódicos y editoriales.

El autor argumenta que el cambio en las cortes chilenas que se habían mantenido inmutables durante diversos cambios políticos obedece a un cambio ideológico de los jueces. En los años recientes con la ola del neoconstitucionalismo y la implementación de diversas reformas que alteraron las dinámicas del poder judicial (al permitirle a los jueces inferiores la seguridad en el trabajo con sueldos que les permiten oponerse a sus superiores).

DISCUSIÓN: IDEAS, INCENTIVOS Y TEORIZAR EL COMPORTAMIENTO JUDICIAL

¿Bajo qué circunstancias los jueces estarán dispuestos (y podrán) ir en contra de agentes poderosos que violan la ley y menoscaban los derechos de los ciudadanos? La doctrina mayoritaria argumenta que el poder judicial solo interviene en cuanto los demás poderes no puedan estar de acuerdo. Sin embargo, los diversos ejemplos presentados nos demuestran que esto no es cierto.

La conclusión que se derivan de estos casos es que los jueces no se opondrán a los agentes políticos bajo ningún contexto sin la convicción es apropiado profesionalmente o incluso obligatorio, aunque este no sea el único elemento sin duda es crucial.

Las recomendaciones del autor consisten en que es necesario prestar más atención al contexto sociológico, histórico e institucional en el que los jueces se relacionan.