

WATSON, Alan (1978): "Comparative Law and Legal Change" en 313 *Columbia Law Journal*. pp. 45-67.

WORLD BANK (1997) (1998) (1999) (2000): *World Development Report* (Washington D.C.: The World Bank).

ZEPEDA LECUONA, Guillermo (2004): *Crimen sin Castigo: Procuración de Justicia Penal y Ministerio Público en México*. (México D.F.: Fondo de Cultura Económica).

GOBIERNO JUDICIAL Y CONSEJOS JUDICIALES: UNA MIRADA DESDE EL DERECHO Y LA ECONOMÍA

NUNO GAROUPA*
TOM GINSBURG** ***

Resumen: En las últimas décadas, varios países en el mundo han institucionalizado consejos judiciales de algún tipo. Estas instituciones buscan alcanzar un balance apropiado entre la independencia judicial y la rendición de cuentas del sistema judicial (*accountability*). Sin embargo, difieren en el mundo en sus atributos y competencias. Los autores del presente documento buscan, en primer lugar, generar una teoría económica acerca de la formación de los consejos judiciales e identificar aquellos puntos en que difieren. En segundo lugar, comprobar empíricamente el alcance del efecto que tienen los diferentes diseños de consejos judiciales en la calidad judicial. En este sentido, los autores presentan evidencia que muestra que hay una cierta relación entre los consejos y la calidad de la justicia. Las implicancias de un análisis tanto normativo como positivo de los Consejos Judiciales tiene un impacto rele-

* Economista. Master en Derecho (Derecho Penal y Criminología) y Master en Economía, Universidad de Londres. Doctor en Economía, Universidad de York. Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad de Illinois y Universidad de Manchester.

** Juris Doctor y Doctor en Jurisprudencia y Políticas Sociales de la Facultad de Derecho, Universidad de California-Berkeley. Profesor de Derecho y Ciencia Política, Universidad de Illinois.

*** Agradecemos a F. Andrew Hanssen, Richard McAdams, Larry Solum, Stefan van Hemmen y a los participantes del seminario de la Asociación Americana de Economía en Chicago (Sesión especial ISNIE sobre la Economía del Poder Judicial), UIUC College de Derecho y al Hamburg Institute de Derecho y Economía. Agradecemos especialmente a Rebecca Crouse, Sofía García y Antonio Porto por su asistencia en la investigación.

vante para Latinoamérica en particular y los países en vías de desarrollo en general, en la medida en que el Banco Mundial y otras organizaciones multinacionales han hecho de los Consejos judiciales parte de los diferentes programas institucionales asociados a la reforma judicial. Esto es en extremo relevante, pues los autores, en base a la evidencia presentada, concluyen que el surgimiento de Consejos como una "buena práctica" internacional para promover la independencia judicial y calidad en la justicia puede ser injustificada. Finalmente, los autores ofrecen una explicación de por qué, a pesar de todo, los consejos mantienen su atractivo institucional.

I. INTRODUCCIÓN

La mayoría de los sistemas legales buscan lograr una justicia de calidad, tanto en términos de economía procesal como desde el punto de vista de alcanzar decisiones judiciales bien formuladas por jueces calificados. La forma en que las democracias persiguen esta meta varía a través de los sistemas legales y los diferentes países. A pesar de ello, tienen en común la inevitable tensión generada entre buscar, por un lado, garantizar la independencia del Poder Judicial y, por el otro, un sistema de rendición de cuentas del mismo o *accountability*. En este sentido, la calidad del sistema judicial, por una parte, solo puede lograrse por una judicatura independiente¹. Por otra, los jueces son agentes que pueden abusar de falta de eficiencia si se garantiza un grado considerable de independencia, de allí que alguna forma de *accountability* de carácter externo sea necesaria para asegurar que la toma de decisiones judiciales no se vea afectada por los intereses personales de los jueces. El equilibrio adecuado entre independencia y *accountability* es fundamental en la estructuración de un sistema judicial.

En los últimos años, los consejos judiciales han proliferado. Estas instituciones han sido diseñadas tanto para asegurar la independencia judicial y el *accountability* externo, como también para alcanzar la armonía entre ambos. Este documento describe estas instituciones y busca entregar una teoría económica acerca de su estructura y las funciones que los caracterizan. También hemos buscado propor-

¹ EPSTEIN (1990) p. 827, FENN y SALZBERGER (1999), FERREJOHN (1999), HANSEN (2004), KAUFMAN (1980), KLERMAN y MAHONEY (2005), LANDES y POSNER (1975), RAMSEYER (1994), y RAMSEYER y RASMUSEN (1997).

nar alguna evidencia respecto de si los diferentes diseños de esta institución afectan la calidad del sistema judicial. A pesar de que encontramos que efectivamente hay una pequeña relación entre los consejos y calidad judicial, este documento argumenta que la eterna lucha por un equilibrio entre independencia y *accountability* asegura que los consejos continuarán teniendo lugar en la reforma institucional.

II. LA TENSION ENTRE INDEPENDENCIA JUDICIAL Y RENDICIÓN DE CUENTAS (*ACCOUNTABILITY*)

Gran parte de la literatura clásica argumenta que el ideal de un sistema legal radica en alcanzar la calidad del sistema judicial independiente, ideal inherente a la noción de jurisdicción². Desde luego este ideal no siempre puede ser alcanzado, manteniéndose sistemas en que los jueces son elegidos y empleados por el Estado. Además, sería extraño que los jueces no jugaran ningún rol, en términos generales, en la implementación de políticas sociales³. Así, en democracias, el grado de independencia judicial en realidad garantiza la posibilidad de elección de una gama de sistemas sociales. De esta manera, tiene sentido, por ejemplo, tener un sistema judicial independiente para mantener compromisos creíbles en la esfera económica o permitir que las políticas liberales se mantengan.

Pero la delegación de poder que realiza la sociedad en los jueces implica, a su vez, la necesidad de algún grado de *accountability*. Sin embargo, mientras la independencia judicial ha sido ampliamente estudiada⁴, el *accountability* no ha sido objeto de mayor investigación. Ello implica que la judicatura como un todo mantenga cierto nivel de responsabilidad para con la sociedad, como también un alto nivel de profesionalismo y calidad en sus miembros.

Los consejos judiciales son herramientas diseñadas para enfatizar la necesidad de *accountability* junto con mantener la independencia. Fallan al dejar que los jueces designen a sus sucesores y sean responsables de la función disciplinaria, de promoción y de elección al interior de la judicatura. Por otro lado, un sistema extremo en

² BURBANK y FRIEDMAN (2003).

³ SHAPIRO (1981).

⁴ LEVINSON (2006), COX (1996), FERREJOHN y KRAMER (2002), SYMPOSIUM, 72 S. Cal. L. Rev. (1999) y BURBANK y FRIEDMAN (2003).

accountability puede ocasionar que los jueces expresen o al menos consideren en la toma de decisiones judiciales sus preferencias políticas. Así un órgano intermedio entre los políticos y los jueces, como lo son los consejos judiciales, se estructura como un medio para mejorar y armonizar *accountability* e independencia.

Existen diversos modelos de Consejos, en donde la composición y competencia de los mismos refleja niveles de preocupación en la administración de justicia en diferentes contextos. Francia estableció el primer Consejo Judicial (*Conseil Supérieur de la Magistrature*) en 1946. Tenía por objeto manejar la judicatura, pero solo una minoría de sus miembros eran jueces elegidos directamente por otros jueces⁵. Italia fue el primer país en crear un Consejo judicial en 1958, diseñado para extirpar el control político sobre la magistratura⁶. España⁷ y Portugal⁸ tienen sistemas perecidos que fueron introducidos con posterioridad a la caída de las dictaduras de los años 70, pasando a conformarse este órgano en su mayoría por jueces. Estos Consejos tenían decisiones resolutorias respecto a materias de promoción, remoción e inamovilidad. La regulación de los sueldos de la magistratura también se encontraba en sus atribuciones, sin perjuicio del control del departamento encargado del presupuesto (Ministerio de Hacienda). El poder de magistrados altamente calificados ha ido re-

⁵ En la quinta república, el Presidente tomó para sí todos los nombramientos y restableció la mayoría de los poderes tradicionales del Ministro de Justicia y de los jueces de alto rango. El periodo de cohabitación en los 80 generó una nueva discusión de reforma (*Loi Constitutionnelle* de julio de 1993 y *Loi Organique* de febrero de 1994). El Consejo tiene dos comités, uno para jueces y otro para fiscales (*prosecutors*). El Consejo tiene un total de 16 miembros. Cada Comité tiene un juez administrativo elegido por los jueces administrativos (*Conseil d'État*) y tres individuos elegidos por el Presidente, el Senado y la Asamblea Nacional, respectivamente. Para el comité judicial, también cuenta con cinco jueces elegidos por los otros jueces y un fiscal elegido por los fiscales; para el comité de fiscales, tiene un juez electo por los jueces y cinco fiscales para la formación de estos. El Presidente y el Ministro de Justicia acuden *ex officio*. THOMAS (1997).

⁶ El Consejo italiano cuenta con 33 miembros: 20 magistrados elegidos directamente por los jueces; 10 abogados o profesores de derecho nominados por el Parlamento; y en carácter *ex officio* también el Presidente, el Presidente de la Corte Suprema y el Fiscal Jefe. Fue reformado recientemente. *Idem*.

⁷ El Consejo español (*Consejo General del Poder Judicial*) tiene 20 miembros: 12 jueces y 8 abogados, todos nombrados por el Parlamento, y el Presidente de la Corte Suprema *ex officio*. Para los fiscales, existe un consejo compuesto por 12 fiscales (*Consejo Fiscal*).

⁸ Existen tres consejos en Portugal: uno para las cortes de justicia (*Conselho Superior da Magistratura*), una para las cortes administrativas (*Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais*), y una para los fiscales (*Conselho Superior do Ministério Público*).

duciéndose considerablemente en la mayoría de estos países y se ha producido la proliferación de sindicatos judiciales⁹.

El sistema franco-alemán ha sido exportado a América Latina y otros países en vías de desarrollo¹⁰. De hecho, el Banco Mundial y otras organizaciones multinacionales han hecho de los Consejos judiciales parte de los diferentes programas institucionales asociados a la reforma judicial¹¹.

Se han hecho esfuerzos por desarrollar sistemas con mejores procedimientos. Así, por ejemplo, la Asociación de Magistrados Europeos por la Democracia y la Libertad (MEDEL) ha propuesto un proyecto de protocolo a la convención europea de derechos humanos, conocido como la "*Declaración de Palermo*", estatuto que dispone que habrá un Consejo supremo de la magistratura, en el cual al menos la mitad de sus miembros serán jueces, y que además deberá incluir un proceso de elección radicado en el Parlamento¹². Bajo esta concepción, el Consejo superior deberá establecer un presupuesto para las cortes, hacerse cargo de la administración, asignación¹³, disciplina¹⁴ y reclutamiento, garantizando así la independencia judicial. El Consejo de Europa realizó una recomendación similar en 1994¹⁵. Otras organizaciones han seguido esta tendencia¹⁶.

En la mayoría de los países con sistemas de *Civil Law* (derecho civil) que han adoptado el modelo franco-alemán, se ha tenido especial preocupación respecto de la independencia de la judicatura durante

⁹ Un buen resumen puede encontrarse en RENOUX (2000). Ver también DE HAAN, SILVIS y THOMAS (1989) (explicando el rol del sindicato de magistrados).

¹⁰ Algunos se refieren a la distinción entre un "Modelo Europeo del Norte" más centrado en la gestión y un "Modelo Europeo del Sur", que está en la Constitución y centrado en la independencia estructural. VOERMANS y ALBERS (2003). Rechazamos esta distinción por no ser útil, pero desarrollamos un índice de poderes y competencias, como se discute más adelante en la sección V.

¹¹ HAMMERGREN (2002). Ver también MAGALHAES (1999) (analizando el diseño institucional de la judicatura en Bulgaria, Hungría y Polonia y como se relaciona con el proceso de negociaciones entre los diferentes actores políticos); SOLOMON (2002) (analizando las reformas a la Comisión de Calificaciones Judiciales en Rusia).

¹² Artículo 3.2.

¹³ Artículo 3.1.

¹⁴ Sujeto a la revisión de la Corte Suprema. Artículo 3.4.

¹⁵ Recomendación No. R (94) 12 del Comité de Ministros a los Estados Miembros respecto de la Independencia, Eficiencia y Rol de los jueces (1994) (Recomendación del Consejo de Europa), artículo 1.2.c

¹⁶ AUTHEMAN y ELENA (2004) (argumentando que los consejos judiciales debieran estar compuestos por una mayoría de jueces electos por sus pares, y debiera tener el rol de la selección, promoción, disciplina y formación).

periodos de gobiernos de facto o no democráticos. (De allí que en estos países se hayan institucionalizado los consejos judiciales). La independencia, sin embargo, es un fenómeno complejo y de varias facetas. A pesar de que los jueces sean independientes del control político, pueden llegar a ser dependientes de otras fuerzas, como por ejemplo los jueces de mayor rango o antigüedad en jerarquías judiciales, que tienen tal vez el mismo potencial de distorsionar la toma de decisiones que la influencia política. En países con sistemas de *civil law*, una gran proporción de jueces son reclutados directamente de las escuelas de Derecho usando un mecanismo de concurso público y con mínimas exigencias en materia de experiencia profesional. Así, la antigüedad adquiere mayor relevancia que el mérito. Es por esto que el *accountability* externo ha surgido como punto de preocupación.

Otros países con este modelo de *civil law*, como Alemania, Austria y Holanda, tienen Consejos judiciales con menos competencias que en el modelo franco-italiano. Se limita su rol a la elección de los jueces más que a la promoción y disciplina de los mismos, y a veces son fuertemente influenciados por los gobiernos regionales y federales. El impacto político de estos consejos judiciales ha sido menos claro que en los otros cuatro países¹⁷.

Los Consejos judiciales de jurisdicciones de "*civil law*" varían en su relación con la Corte Suprema. En algunos países, como Brasil, Costa Rica y Austria, el Consejo judicial es o fue en su origen un órgano subordinado a la Corte Suprema, encargada de su administración. En otros países, los Consejos judiciales son órganos independientes de rango constitucional. Más aún, en algunos países gobiernan la judicatura entera, mientras que en otros solo controlan los tribunales jerárquicamente más bajos¹⁸.

Por otro lado, en los países con sistemas de "*common law*" (derecho común) vemos una variedad de experiencias disímiles. El reclutamiento de la judicatura en países de *common law* ha sido tradicionalmente delegado en abogados *seniors*, que tienen una experiencia previa y socialización más amplia que en países con jurisdicciones de *civil law*¹⁹. De allí que el *accountability* externo fue un factor importante al estructurar las nominaciones de jueces. La falta de

¹⁷ THOMAS (1997)

¹⁸ VOERMANS Y ALBERS (2003) (provee la experiencia en Guatemala y Argentina).

¹⁹ GEORGAKOPOULOS (2000).

accountability público en el proceso de selección, el mérito de los postulantes y el perfil no representativo de la judicatura en términos de sociedad ha dominado la agenda política en EE.UU. y Gran Bretaña²⁰.

En varios estados norteamericanos, la preocupación por métodos tradicionales de elecciones judiciales (ya sea indicaciones de políticos o elección directa del público) llevó a la adopción de *comisiones de mérito*, para remover así a los políticos de las elecciones y basar la misma en un criterio de "meritocracia". En sistemas de *common law*, la judicatura no es una carrera funcionaria en el sentido del *civil law*, y es por ello que hay un menor interés en radicar la disciplina, promociones y asignaciones en estas comisiones. Comparada con jurisdicciones con sistemas de derecho civil, los jueces del *common law* tienen relativamente menos oportunidades de ascenso, habiendo menor capacidad política para influenciar en las decisiones judiciales²¹.

Algunas veces llamado "Plan Missouri" o "Plan de Mérito", este sistema establece una comisión de elecciones no partidista compuesta por jueces, abogados y políticos especialmente designados²². Esta institución originada en el famoso discurso que en 1906 dio Roscoe Pound, es consistente con la mirada tecnócrata y administrativa aislada de la política²³, propia del siglo XX. La "Merit Commission" es responsable de la nómina de jueces²⁴, ya sea exclusiva y excluyentemente, o ya sea aportando una lista de la cual el gobernador debe elegir²⁵.

EPSTEIN Y OTROS (2002) pronosticaron que el sistema de los "Merit Plan" extendería la independencia judicial. HANSSSEN (2004) analizó empíricamente el efecto de la división partidista en los sistemas de "nombramiento y retención" (*appointment and retention*), asumiendo que este plan tiene correlación con la independencia judicial. Dicho autor descubrió que en términos generales, los estados que

²⁰ MALLESON (2004).

²¹ RAMSEYER Y RASMUSEN (2004) (entregando evidencia respecto de la manipulación política de la carrera judicial en Japón).

²² En Missouri, la Comisión tiene 7 miembros: el Presidente de la Corte Suprema, 3 abogados elegidos por la barra de diferentes distritos de apelación y 3 personas no letradas nombradas por el Gobernador. Ver HANSSSEN (2004).

²³ POUND (1937).

²⁴ WEBSTER (1995).

²⁵ HANSSSEN (2004).

utilizan este sistema tienden a estar correlacionados con mayores niveles de competencia política que aquellos que tienen elecciones partidistas²⁶. También descubrió que los estados adoptaron este plan cuando incrementaron su competencia partidista y acentuaron las diferencias de políticas entre las partes. Sin embargo, no sabemos de un estudio que haya demostrado una mejora en la independencia judicial o en la calidad de la misma luego de haber adoptado este plan, y su impacto en la calidad es al menos debatible²⁷.

La experiencia canadiense de comités consejeros a nivel provincial como federal se ha convertido en un modelo que promueve las minorías y a las mujeres dentro de la judicatura²⁸. En Gran Bretaña, la *Constitutional Reform Act* de 2005 ha creado comisiones de nombramiento judicial responsables de los nombramientos de magistrados basados únicamente en sus méritos²⁹. Hay, sin embargo, una discusión no menor en torno a cuánto valor debe otorgarse al mérito por sobre otras metas como la diversidad en la magistratura³⁰ o la toma de decisiones acertadas. Las ventajas de este tipo de comisión ha estado en el centro del debate en Nueva Zelanda y Australia, donde los protocolos de nombramientos judiciales han sido desarrollados para aumentar la independencia y el *accountability* externo³¹.

Dentro del mundo del *common law*, el caso de Singapur es interesante. Existe en este país una Comisión de servicios legales con un rol limitado³². El Presidente nombra a los jueces de la Corte Supre-

²⁶ Para al menos un indicador, ambos métodos presentan menos competencia política en algunos indicadores que la categoría residual de "otros" métodos de nombramiento (tales como nombramientos legislativos). *Idem*, p. 720. ("En el 95% de las elecciones partidistas estatales, el mismo partido controla ambas cámaras de la legislatura, versus un 87% de los Planes de Merito estatales y un 81% en otros estados).

²⁷ Ver WEBSTER (1995) y GLICK (1978).

²⁸ Existen diversos modelos en Canadá, pero usualmente los jueces no son una mayoría en el consejo. El comité federal tiene 7 miembros: 3 no letrados, 3 abogados y un juez. Ver MALLESON (1997).

²⁹ Está constituido por 15 miembros: 7 son jueces y magistrados, 2 abogados y 6 no letrados (incluyendo al Presidente). Comenzó a elegir jueces en abril de 2006. MALLESON (2005), sostiene que esta institución está dominada por la Judicatura. El hecho de que el consejo este dirigido por un no letrado (no abogado) no afecta el fuerte peso de los miembros judiciales. El rol tradicional del Lord Chancellor en los nombramientos judiciales ha sido objeto de estudio de BRADNEY (1989) pp. 360-372.

³⁰ MALLESON (2006).

³¹ Análisis empíricos pueden ser encontrados en BHATTACHARYA y SMYTH (2001) y MAITRA y SMYTH (2004) p. 17.

³² Ver TECK y SEAH (1990) p. 2.

ma, previa recomendación del Primer Ministro una vez que este haya consultado con la Corte Suprema. Esta comisión fiscaliza y asigna o suministra los jueces y magistrados previa recomendación de la Corte Suprema³³. La Corte Suprema en Singapur es probablemente la magistratura mejor pagada en el mundo, con un salario que supera el millón de dólares, y se caracteriza por su calidad e independencia. Sin embargo, es conocida su debilidad en casos de gran importancia para el gobierno.

Este breve análisis ilustra la dificultad, o más bien, la imposibilidad de eliminar la presión política en la judicatura, pero instituciones adecuadas pueden minimizar los problemas de una judicatura politizada y así aumentar la independencia judicial. Sin embargo, el incremento en atribuciones e independencia para con los jueces crea el riesgo del problema opuesto: la judicialización de las políticas públicas, ya que las decisiones judiciales tienen un importante efecto en la política y en el gobierno³⁴.

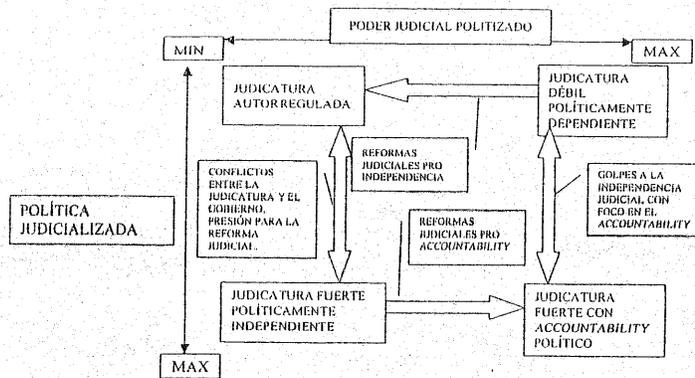
Consideramos que las reformas periódicas de los nombramientos judiciales y la administración que observamos dentro y a través de los países refleja una tensión dialéctica entre la necesidad de despolitizar la judicatura y el dirigirse hacia una judicialización de la política. La independencia es necesaria para proveer los beneficios de las tomas de decisión judiciales; los jueces independientes son capaces para resolver un amplio espectro de disputas más importantes, pero a medida que más atribuciones le son dadas a la judicatura, surge la presión de un mayor *accountability* ya que se radican en esta más competencias y funciones de los procesos democráticos.

El Cuadro N° 1 presenta un resumen de la tensión entre independencia y *accountability* externo, sintetizando las diferentes experiencias ya discutidas.

³³ La rama judicial de la Comisión de Servicios Legales es dirigida por el Secretario (Registrar) de la Corte Suprema, pero la responsabilidad última recae en el Presidente de la Corte.

³⁴ BURBANK (2006) (que sostiene que la independencia judicial en los Estados Unidos está en un punto de inflexión dada la caracterización de la política judicial (*judicial politics*) como simplemente parte de la "política").

Cuadro N° 1
EL CONTROL DE LA JUDICIATURA



Empezando en la esquina superior derecha, una judicatura que tiene poca independencia o influencia. Cuando los jueces no influyen sobre las políticas públicas y la política, las preocupaciones relativas a la independencia comienzan a dominar, y las reformas presionarán por un cambio desde una judicatura politizada, dependiente y débil a una autorregulada y fuerte (ej.: el modelo franco-italiano). Esto permite que emerja una judicatura que tiene algún grado de control sobre sus propios asuntos. Frecuentemente, aunque no inevitablemente, los jueces usan la independencia para incrementar su influencia en las políticas públicas. Sin embargo, una vez que la política se judicializa de manera importante, el *accountability* se torna una cuestión a considerar.

III. ¿CUÁL ES EL ROL DE LOS CONSEJOS JUDICIALES?

La investigación académica sobre los consejos judiciales ha sido escasa. Existen muy pocos estudios empíricos³⁵ y no ha habido un análisis económico a la fecha que conozcamos. Hemos observado que los Consejos judiciales operan en ambientes bastante distintos, y, por lo tanto, debemos entender las particularidades antes de po-

³⁵ HAMMERGREN (2002).

der comparar el rol y las atribuciones de los Consejos judiciales en los distintos países.

En términos generales, los Consejos tienen 3 competencias relevantes:

- Funciones administrativas (*housekeeping*),
- Nombramiento de jueces, y
- Evaluación de desempeño.

Para estas funciones, el elemento clave es la efectiva relación entre independencia judicial y *accountability* externo. No establecemos la existencia de un balance universal óptimo entre estos dos factores, pero comprendemos que hay un límite respecto hasta donde uno puede desplazarse en una u otra dirección en una democracia³⁶. Si nos movemos hacia cualquiera de los extremos podemos gatillar presiones por un cambio, como describimos en el Cuadro N° 1. Estos cambios se basan en la organización institucional y las preferencias sociales que tienen lugar en un momento determinado.

En donde la primera competencia *housekeeping* es puramente administrativa, la segunda y tercera están relacionadas a incentivos profesionales (carrera funcionaria) y contribuyen más directamente a la calidad judicial. Las funciones de administración (*housekeeping*) tratan sobre cuestiones prácticas relacionadas a la organización y manejo de la judicatura. Así, la razón fundamental a ser considerada al asignar este rol a un Consejo son las economías de escala que se generan y la especialización, ambas respecto de administradores alternativos (tales como el Ministerio de Justicia o la Corte Suprema).

Los factores de *housekeeping*, por supuesto, pueden afectar potencialmente la independencia –por ejemplo si los incentivos materiales son utilizados para recompensar cierta clase de jueces–. Obviamente las competencias administrativas son también importantes en la eficiencia de las Cortes, y en ese sentido estructuran la calidad del sistema legal. No obstante, las otras dos competencias son las que están directamente relacionadas a los incentivos de la carrera judicial (carrera funcionaria). Si las instituciones se preocupan por la calidad judicial, lo hacen por el impacto que esta ocasiona en los incentivos judiciales. También, el impacto político de una más am-

³⁶ HANSEN (2004).

plia relación entre la judicatura y otros actores políticos está profundamente estructurado por la forma como los Consejos ejecutan sus atribuciones.

Para poder entender el rol de los Consejos, primero debemos entender las preferencias de los jueces y luego las razones de discordia entre las decisiones judiciales y las socialmente óptimas. Si no hubiere discordia entre estos elementos, no habría necesidad de un Consejo judicial con más competencias que las simplemente relacionadas a la función de *housekeeping*. La siguiente sección se centra en las fuentes de los problemas de agencia y las herramientas institucionales habilitadas para corregirlos.

IV. TEORÍA

Utilizamos un modelo de "mandante-mandatario" o "agente-principal" para enfocarnos en los Consejos judiciales. El Consejo es un órgano intermedio similar a una agencia fiscalizadora (en términos de literatura reguladora)³⁷ o a directorios (en términos de literatura corporativa)³⁸. Los jueces son mandatarios y la sociedad es el mandante. El Consejo se convierte en un miembro del directorio cuyo rol es por un lado aplicar su especialización como también filtrar y mitigar la influencia política. Cabe mencionar que este órgano intermedio es pagado por el mandante, los contribuyentes. El problema básico que surge en este tipo de modelos es producido por asimetrías de información. A medida que la experticia del mandatario aumenta, su eficiencia también lo hace, pero su *accountability* disminuye. De allí que, tal como los accionistas utilizan el Directorio como un representante de la sociedad, el público podrá optar por configurar un Consejo que se encargue de los agentes judiciales. Como un directorio, el Consejo puede tener un sistema de elección representativo, donde diferentes depositarios tienen mandatarios que negocian con el objeto de minimizar las posibles utilidades creadas por la información asimétrica. En términos generales, hay dos tipos de accionistas, la mayoría (el pueblo) que está poco informada y desinteresada ya que su costo de oportunidad en el acceso a la información es muy alto, y por otro lado una minoría muy informada con capacidad de influir a los agentes (los *lobbies* y todos aquellos que buscan una decisión favorable en un momento deter-

³⁷ LAFFONT Y TIROLE (2003).

³⁸ BAINBRIDGE (2002).

minado). El principio de la independencia judicial tiene por objeto evitar un posible control de la minoría como también el delinear los intereses de los jueces con aquellos de la mayoría: el bien común. Sin embargo, dada la información asimétrica entre la mayoría por un lado y la minoría y los jueces por otro, es necesario un órgano intermedio que restrinja el comportamiento oportunista y minimice los costos de agencia.

El Consejo judicial es un órgano que limita los costos de agencia y reduce la eventualidad de que una minoría informada utilice el sistema judicial para su propio beneficio, perjudicando a la mayoría de la población. No obstante, la información asimétrica y la especialización pueden crear un nuevo problema, a saber, que el Consejo se vea "capturado" por la judicatura o por un órgano externo que busca manipularlo. Así, las reformas periódicas surgen para corregir errores de aprendizaje en una u otra dirección (como muestra el Cuadro N°1). Imaginamos que la dirección judicial requiere, a través del aprendizaje y a medida que nuevos problemas de agencia se materialicen, cambios en las estructuras de gobierno para tratar de rectificarlos³⁹.

Un punto importante a considerar es la interacción entre preferencia, incentivos y politización. Cuando los jueces designados son expuestos a cualquier forma de escrutinio judicial, deberíamos esperar algún alineamiento entre las preferencias del Poder Judicial y las del poder político (incluso si es restringido debido a ciclos políticos). En este caso observamos politización *ex ante*. Alternativamente, podemos tener politización *ex post*, por presiones o corrupción. Nuestra suposición es que un Consejo judicial tiene por objeto controlar ambos.

4.1 Incentivos judiciales

Los jueces tienen preferencias y una carrera funcionaria que genera cierto tipo de incentivos. Respecto de las preferencias, deberíamos asumir que los jueces tienen el mismo set de preferencias que cualquier persona, como ha argumentado POSNER⁴⁰. Obviamente, ellos se preocupan por su ingreso. Pueden ser más aversos al riesgo (por eso son jueces en vez de abogados o fiscales) y preocuparse más por resultados no monetarios (si no estarían ejerciendo la abogacía)

³⁹ HANSEN (2004).

⁴⁰ POSNER (1993) y (2005).

que la media de los individuos. Es por esto que esperamos que los jueces sean bastante sensibles a los cambios en prestigio o influencia social y a cambios en los riesgos (por ejemplo en el ascenso o en la evaluación de desempeño).

Antes de continuar en el estudio de la necesidad de un cuerpo intermedio, debemos entender el porqué alternativas estándar no funcionan para constreñir a los jueces. Los jueces operan en un monopolio altamente subsidiado, de modo que no es aplicable una regulación o disciplina de mercado. Hay algunas regulaciones importantes y restricciones legales operando en la judicatura, pero la exigencia externa es débil y costosa. La exigencia externa reduce potencialmente la independencia y de allí la hace bastante difícil. En suma, no podemos basarnos en mecanismos externos o de mercado para mitigar el oportunismo dentro del Poder Judicial.

Las carreras judiciales se estructuran en diferentes formas en los distintos países en el mundo. En países con sistema de *civil law*, los jueces tienden a operar en jerarquías burocráticas y pasan toda su carrera en la judicatura. Quienquiera que controle el ascenso en esta carrera jerárquica es muy importante. Por ejemplo, en Japón, el Secretario de la Corte Suprema juega un rol muy importante al asignar diferentes cargos a los jueces, teniendo así una importante influencia en su desempeño⁴¹. Para aquellos jueces en una posición "ratificada", como aquellos en los sistemas de *common law*, o aquellos designados a Cortes constitucionales en sistemas de *civil law*, el prestigio entre el público o con otras ramas del gobierno es muy importante, pero una vez seleccionados en la judicatura, hay pocas oportunidades de ascender. Pueden ser menos sensibles a presiones externas y evaluaciones de desempeño de cualquier fuente, incluyendo los Consejos judiciales⁴². Esperamos que los Consejos en países con *common law* se enfoquen en elecciones más que en ascensos, que son relativamente raros.

⁴¹ RAMSEYER y RASMUSSEN (2006).

⁴² Medir el desempeño de los jueces ha sido objeto de algunos trabajos pero sigue siendo un tópico subestudiado. Mientras que mediciones cuantitativas (carga de trabajo) y cualitativas (tasas de revocación de sentencias de primera instancia por las Cortes de Apelaciones) han sido desarrolladas, la complejidad de las causas sigue siendo un problema pendiente (incluso medir el uso de citas sigue siendo discutido). Ver CHOI y GULATI (2004) y FSU SYMPOSIUM ON JUDICIAL PERFORMANCE (2005).

4.2 Consejos judiciales como dispositivos de monitoreo

Creemos que los Consejos judiciales debieran ser vistos como dispositivos que reducen los costos de agencia en la judicatura, aunque no es seguro que sean órganos necesarios y/o suficientes para alcanzar ese objetivo. En esta sección describimos el alcance en que los poderes atribuidos se encuentran con otras ramas del gobierno y la Corte Suprema.

El Consejo está compuesto por tres posibles agentes: (i) miembros de la mayoría (no letrados), (ii) miembros de la minoría (abogados, políticos y eventualmente profesores de derecho), y (iii) jueces (análogamente como directores íterinos). Es importante destacar que la mayoría de las veces es imposible distinguir claramente entre los no letrados y los políticos, ya que son usualmente elegidos por otras ramas del gobierno⁴³. Respecto de los jueces y abogados, son generalmente nombrados por la Corte Suprema, por otras cortes (en algunos casos los jueces son nombrados por el Parlamento) y por la asociación o Colegio de Abogados respectivo (*law society* o *bar association*). El Consejo es responsable para con el electorado (quienquiera que sea); diferentes reglas de *accountability* hacen al Consejo más o menos susceptible de ser capturado por la judicatura (que podría promocionar intereses profesionales) y/o actores minoritarios (que podrían promocionar *lobby* o intereses minoritarios).

Los miembros del Consejo también son nombrados; lo cual es importante para entender su eficiencia como monitores. En cualquier caso, todos los miembros del Consejo son elegidos por el mismo órgano (ejemplo: Parlamento); en otros casos, diferentes órganos del gobierno intervienen en el proceso electoral. Se puede esperar una membresía más heterogénea cuando los diferentes órganos intervienen, ya sea en un procedimiento de nombramientos y confirmación o mediante un sistema de cupos donde diferentes órganos del gobierno eligen un número preestablecido de miembros.

Esperamos que el mecanismo de elección de miembros judiciales en el Consejo tenga relevancia, ello por los efectos que puede generar. Si son jueces de la Corte Suprema, debiera haber una tendencia a enfocarse en la lucha de poder entre el gobierno y la Corte Suprema

⁴³ De hecho, los no letrados en muchos consejos son abogados, profesores de derecho o individuos con alguna capacitación legal; lo que claramente se aleja de la idea típica que tenemos sobre un "no letrado" independiente.

en cuanto a mantener una jerarquía vertical en la judicatura. Sin embargo, si son jueces de menor rango, debiéramos esperar una disminución en el rol de la Corte Suprema. Hemos observado una actuación creciente de asociaciones de jueces motivadas por la necesidad de coordinar los intereses de los jueces de un rango menor para debilitar paulatinamente la tradicional jerarquía vertical.

El tamaño, nombramiento y tipo de composición de los Consejos son, por lo tanto, relevantes. Sin embargo, incluso cuando los jueces no son mayoría numérica en los Consejos, pueden tener un rol dominante o preponderante. Comenzando con el hecho que la mayoría de los miembros de los Consejos deben basarse en información proveída por la opinión de la misma judicatura. Además, un Consejo no ejerce poder sobre la judicatura, pero lucha por una estructura combinada entre autoridad y *accountability*. Esta configuración es usualmente compleja y llena de incertidumbre y requiere de jueces con experticia en el tema. Más aún, entre los miembros judiciales y los no judiciales del Consejo las ventajas son asimétricas (ya que los jueces volverán a sus carreras profesionales en la judicatura con sus lazos sociales, y donde los no jueces volverán a sus carreras fuera de la judicatura).

También estamos interesados en saber si la composición es correlativa a sus atribuciones. Una hipótesis postula que los jueces se someterán a control externo. De allí que si los miembros no jueces son la mayoría del Consejo, podríamos ver menos atribuciones dadas al mismo. Otra hipótesis es aquella que postula que los Consejos han sido creados para controlar a los jueces y asegurar cierto *accountability*. Si este fuera el caso, debiéramos ver el porcentaje de jueces del Consejo en una relación negativa a la amplitud de las atribuciones. Por otro lado, la política de establecer los Consejos puede variar enormemente dependiendo de las circunstancias locales, en particular el balance histórico de poder entre el gobierno y la Corte Suprema.

Podemos repetir esta idea preguntándonos si los Consejos judiciales son creados para asegurar o garantizar la independencia de los jueces de los mandantes o el *accountability* para con los mandantes (ver Cuadro N° 1). Si los jueces son mayoría en el Consejo, se asume que los jueces utilizarán los mismos para ejecutar autonomía y mantener la independencia. Si los jueces son minoría en los Consejos, se asume que el Consejo es un medio que constriñe a los jueces y les exige dar mayor *accountability*. Estos dos tipos de Consejos son reflejo de objetivos bastante diferentes.

Debemos agregar una segunda cuestión, cual es en qué medida los grupos políticos reducen el poder del Consejo. Los Consejos judiciales son más poderosos cuando no hay un grupo político dominante (la judicatura debiera ser inmune a los cambios en el poder) o cuando un grupo político dominante pierde poder (ya que la Corte Suprema no será de la confianza del nuevo gobierno). Los estudios de HANSEN, relativos a Estados Unidos, sugieren que el tiempo transcurrido en la adopción de mecanismos del tipo Consejos judiciales reflejan estas motivaciones. Ello, pues un Consejo puede ser utilizado para asegurar independencia de la judicatura (cuando las mayorías en el gobierno cambian frecuentemente) o para reducir la independencia de la judicatura (cuando un nuevo gobierno sospecha que el poder judicial ha sido "capturado" por un partido que ha permanecido largamente en el poder).

Así, podemos resumir las principales variables de un Consejo:

- (i) Funciones que son importantes para incentivos profesionales.
- (ii) Regulación entre independencia y *accountability*, especialmente en la composición del Consejo, y la relación con la Corte Suprema y los grupos políticos.

La interacción entre las competencias y la composición sugiere diferentes configuraciones. Vemos amplias competencias del Consejo como una amplificación del *accountability* judicial. Seguimos el conocimiento tradicional que asume que las mayorías judiciales en los Consejos judiciales promueve la independencia (cabe destacar que una posición dominante no significa necesariamente mayoría formal ya que existiendo asimetrías de información estas pueden otorgar cierto poder a las minorías). Al interactuar estos dos factores podemos obtener muchas opciones de configuraciones. Competencias amplias crean Consejos fuertes considerando que funciones de *housekeeping* limitadas son asociadas a Consejos muy débiles. Cuando los jueces no son dominantes, generalmente tenemos Consejos politizados. Sin embargo, cuando los jueces son dominantes, tenemos Consejos con alta influencia. Sin perjuicio de lo anterior, la forma en que se estructura un Consejo dependerá de si los jueces conforman o no un cuerpo homogéneo. Esto se obtiene fácilmente cuando los jueces provienen de cortes superiores, donde la jerarquía judicial prevalecerá. Si los jueces vienen de diferentes rangos de cortes, habrá importantes incentivos para atribuir a asociaciones o sindicatos la competencia para proveer soluciones de coordinación externa y resolver problemas colectivos (Cuadro N° 2).

Cuadro N° 2

TIPOLOGÍA DE LOS CONSEJOS JUDICIALES: COMPETENCIAS Y COMPOSICIÓN

Composición Competencias	Dominan Ministros de la Corte Suprema	Dominan Jueces de Diferentes Cortes	Dominan los que no son Jueces
Extensas	Consejo Judicial Fuerte, Rígido y Jerarquizado (Japón, México, Tailandia)	Consejo Judicial Fuerte no Jerarquizado (Modelo franco-italiano)	Consejo Judicial Politizado (Ecuador, Barbados, Singapur)
Intermedias (Nombramiento)	Comisión de Nombramientos Judiciales Rígida y Autorregulada (Bangladesh)	Comisión de Nombramientos Judiciales Autorregulada (Gran Bretaña, Bélgica)	Comisión de Nombramientos Judiciales (EE.UU., Canadá, Holanda, Alemania)
Mínimas (Funciones de Administración)	Consejo Judicial Débil (Panamá)	Consejo Judicial Débil (Hungria, Brasil)	Consejo Judicial Débil (Paraguay)

4.1 Organización institucional

El rol e importancia del Consejo judicial depende mucho de la organización institucional que se establezca. Dependiendo de las preferencias y atribuciones de la judicatura, la actividad monitorea del Consejo puede ser más o menos significativa. Por ejemplo, la medición de desempeño. Más allá de los tecnicismos que surgen al proyectar un sistema métrico adecuado para evaluar el desempeño judicial, los jueces podrán tener diferentes reacciones a la medición de desempeño dependiendo en cuánto va a interferir con su carrera funcionaria y sus posiciones respecto del riesgo, incluso en su influencia y rol en la comunidad. Luego, la medición de desempeño puede reducir la influencia y poder de los magistrados *senior* limitando su habilidad y discrecionalidad para darle forma a la judicatura de las próximas generaciones. Puede también originar una asimetría del poder concerniente a cada uno de los miembros dentro del Consejo. Finalmente, la importancia en la medición del desempeño puede ser entendida de diferente forma por las distintas ramas del gobierno y del público en general. Es por eso que el "trasplantar" un rol "modelo" de Consejo judicial ignorando determinantes locales puede llevar a resultados inesperados o al menos no previstos. Más aún, algunas funciones más complejas como la evaluación

del desempeño puede interpretarse de manera diversa dependiendo de la organización institucional.

Al mismo tiempo, la necesidad de un Consejo judicial está intrínsecamente relacionada a la importancia y funcionalidad del sistema legal en una organización institucional determinada. La importancia de la calidad de la judicatura está relacionada a sus propias atribuciones dentro de un determinado sistema legal. Entre más amplios sean los poderes de un juez, más importancia adquiere evaluar cualquier potencial conflicto entre el bien común y los incentivos judiciales (ya que habría judicialización de las políticas públicas como se muestra en el Cuadro N° 1). La unión de las características judiciales, políticas y la emergente presión se torna más importante a medida que la organización institucional es más susceptible de cambiar frente a las revisiones judiciales⁴⁴. Entre menos importante sea la judicatura en una organización institucional dada, menor necesidad de alcanzar el balance apropiado entre independencia y *accountability*. De allí que predecimos que los Consejos tendrán más competencias pero menos jueces cuando estos tengan un gran poder, como por ejemplo el poder de revisión judicial de la legislación.

V. ANÁLISIS EMPÍRICO

Para comprobar estas proposiciones hemos desarrollado una pequeña base de información relativa a los consejos. La muestra consiste en Consejos de 121 Estados diferentes. La información fue recopilada de los itinerarios más recientes disponibles. Para 93 países, el Consejo es mencionado y descrito en la Constitución de esos países, de manera que obtuvimos la información de esa fuente⁴⁵. Para 28 países, el Consejo no está mencionado en la Constitución, o simplemente no provee de detalles relativos a la composición y atribuciones del mismo. En estos países, el Consejo está regulado por leyes simples. En estas naciones obtuvimos la información a partir de diversas fuentes, incluyendo HAMMERGREEN (2002) y fuentes específicas de cada país.

⁴⁴ Entre otros ver FLEMMING y BOND (2006), BESLEY y PAYNE (2003), FRIEDMAN (2005), GEORGE y EPSTEIN (1992), GINSBURG (2002) p. 3, MACEY (1986) y (1987), y TABARROK y HELLAND (1999).

⁴⁵ Esta información proviene del Proyecto de Constituciones Comparadas, de la Universidad de Illinois.

Cabe mencionar que el hecho de que el Consejo esté o no en la Constitución es interesante. Si la composición y atribuciones del Consejo son dejadas a la ley simple, están sujetos a ser manipulados por el gobierno y otros actores, reduciéndose la garantía de independencia. Tenemos una variable simulada que recoge esta información. Se presume que estos Consejos se cargan más hacia el extremo del *accountability* que el de independencia. Predecimos y encontramos sistemáticamente menos independencia para estos países⁴⁶.

Primero, desarrollamos un simple índice ordinal de atribuciones/competencias (*power index*). Cada Consejo fue evaluado dependiendo de la amplitud de sus competencias. Un Consejo que tenía funciones puramente administrativas fue evaluado con 1; un Consejo con un rol en nombramiento, transferencia y disciplina de jueces fue evaluado con 3. La evaluación intermedia de 2 fue dada a Consejos que tenían roles limitados ya sea porque podían nombrar pero no disciplinar jueces, ya sea porque su rol estaba limitado a variables de desempeño relevantes. Por ejemplo, un Consejo que solo tenía un rol recomendando jueces para su nombramiento, es decir un rol mínimo en disciplina, sería evaluado con 2.

Nuestra primera predicción fue que las competencias debieran variar sistemáticamente dependiendo del problema institucional al que se enfrenta. Amplias competencias son correlativas a Consejos más fuertes. Consejos más fuertes, sin embargo, pueden reflejar demandas por un mayor control político y *accountability* o autorregulación judicial por la "captura" del Consejo por otro órgano. Clasificar qué motivación se presenta en un contexto determinado es difícil. Para evaluar esto, asumimos que una mayoría de jueces en el Consejo indica un mayor grado de autorregulación judicial.

5.1 Organización institucional y atribuciones de los jueces

Cuando los jueces tienen más poderes, es probable que haya un judicialización de las políticas públicas. En dicho ambiente los Consejos probablemente representen la demanda de mayor control y

⁴⁶ La independencia judicial en cada medición es menor en estos países. Países con consejos judiciales establecidos en la Constitución tienen un índice de independencia de facto de 0.51, mientras aquellos que no están en la Constitución tienen un índice de 0.41 (aunque el N es muy bajo como para determinar una diferencia significativa de las medias). Usando el índice Howard-Carey de independencia judicial vemos que las medias llegan a 0.47 y 0.16, respectivamente, significativas en el nivel 0.01.

accountability. Esperamos que esto se dé con mayor probabilidad en países con *common law* así como en cualquier país donde los jueces ordinarios puedan utilizar el poder de la revisión judicial (*judicial review*). Por el contrario, en aquellos donde la revisión judicial está limitada a una Corte especialmente designada al efecto, no esperamos ver mayores demandas por *accountability* de la judicatura ordinaria.

Extrañamente, ninguna de estas predicciones se sustenta en la información descriptiva. Donde la revisión judicial es realizada por cortes ordinarias, las competencias tienden a ser menos extensivas.

Cuadro N° 3

Power index	Revisión judicial por tribunales ordinarios	
	0	1
1	3 (8%)	3 (9%)
2	13 (35%)	15 (44%)
3	21 (58%)	16 (47%)

Chi-squared 0.69; Cramer's V 0.0986

Por otro lado, la revisión judicial está asociada con menos jueces integrando el Consejo, indicando cierta tendencia al control externo de los jueces.

Cuadro N° 4

¿Mayoría de jueces en Consejo?	Revisión judicial por tribunales ordinarios	
	0	1
No	13 (46%)	18 (60%)
Sí	15 (54%)	12 (40%)
Total	28	30

Chi-squared 0.60; Cramer's V 0.1358

En general, los Consejos con sistema de *common law* son más propensos a tener competencias más amplias. Pero es menos probable que en ellos haya una mayoría de jueces.

Cuadro N° 5

Power index	Civil Law	Common Law
1	5 (7%)	2 (8%)
2	33 (43%)	9 (34%)
3	38 (50%)	15 (58%)
Total	76	26

Chi-squared 0.62 Cramer's V 0.078

Cuadro N° 6

¿Mayoría de jueces en Consejo?	Civil Law	Common Law
No	32 (53%)	15 (58%)
Yes	29 (47%)	11 (42%)
Total	61	26

Chi-squared 0.05; Cramer's V 0.0479

A la luz de nuestra teoría expresada anteriormente, debemos, en seguida, entender cómo y si la competencia se relaciona con la composición. Dividimos nuestra muestra en tres grupos de competencia de acuerdo al *power index*. Luego, examinamos si el poder se asocia a un mayor porcentaje de jueces en el Consejo. Nuestros resultados excluyen aquellos casos donde no estaba disponible la totalidad de la información; esto nos deja con 74 casos. Además, podemos ignorar un pequeño número de Consejos con funciones puramente administrativas. Los Consejos con las más amplias competencias tienen, a lo menos, una mayoría de jueces; los Consejos con competencias o atribuciones reducidas tienen una minoría de jueces.

Cuadro N° 7
PORCENTAJE DE JUECES, SEGÚN POWER INDEX

Power index	Media	N	Desviación Est.
1	.7520	5	.28208
2	.3945	31	.31791
3	.5032	38	.29032
Total	.4745	74	.31150

Resumiendo, las atribuciones y la composición van de la mano, pero en dos configuraciones distintas. Cuando los Consejos son débiles (*power index* 1) la influencia judicial es extensa. Cuando los poderes son amplios (*power index* 3), la influencia judicial es también relativamente alta. En la situación intermedia, la influencia judicial es más baja. Interpretamos esto como un reflejo de los cuadrantes derecho superior e inferior del Cuadro N° 1. La influencia judicial puede ser amplia cuando no tiene mayor relevancia; pero también puede reflejar una judicatura muy fuerte e independiente fuertemente involucrada en la política.

5.2 Tipo de régimen

Es posible que el tipo de régimen pueda jugar algún rol al clasificar las diferentes configuraciones que analizamos. Predecimos que las autocracias pueden desarrollar Consejos con competencias débiles o con fuertes competencias pero pocos jueces (para mayor control político)⁴⁷. Para las democracias, predecimos mayor variedad, dependiendo de otros elementos de la configuración institucional. Para desarrollar esto, dividimos las Constituciones que contenían disposiciones sobre los Consejos en tres categorías: aquellas redactadas en autocracias, las redactadas en democracias establecidas y aquellas redactadas en transiciones entre autocracia y democracia^{48, 49}.

La regresión inmediatamente abajo trata el porcentaje de jueces en un Consejo como una variable dependiente. Las Constituciones autocráticas son la categoría omitida. Nuestra información nos muestra que el porcentaje de jueces tiende a ser menor en autocracias que en democracias. Para nuevas democracias, particularmente, los resultados son significativos a un 10% de nivel

⁴⁷ La regresión Logit confirma la dirección de esta relación, aunque no a niveles estadísticamente significativos.

⁴⁸ No existen casos en nuestra muestra de democracias transitando hacia autocracias.

⁴⁹ Utilizamos información dispuesta por Charles Boix, cientista político de la Universidad de Chicago, que utiliza información disponible para realizar caracterizaciones binarias de países como autocracias o democracias en un período de largo plazo. Boix (2000) y (2005). Para cada Constitución el estatus autocracia/democracia de un país fue considerado desde 5 años antes de la Constitución y los años posteriores a ello. Si el país era clasificado como democracia en el año de promulgación de la Constitución, o inmediatamente posterior a ello, y había sido una autocracia en cualquier momento durante los 5 años anteriores sin que existiera una Constitución, era considerado como un país en tránsito desde una autocracia a una democracia.

de confiabilidad. Esto sugiere que las autocracias tienden a desconfiar de los jueces y utilizan los Consejos para asegurar mayor control político.

Cuadro N° 8

Coeficientes(a)

	Coeficientes No estandarizados		Coeficientes Estandarizados	t	Sig.
	B	Error Estd.	Beta		
1 (Constante)	.384	.066		5.808	.000
Dummy para Constituciones en transición democrática	.164	.095	.222	1.719	.090
Dummy para democracias con Constituciones democráticas	.115	.087	.177	1.320	.191
PIB per cápita	-1.37E-006	.000	-.025	-.208	.836

(a) Variable dependiente: porcentaje de jueces.
R-cuadrado= .21.

5.3 Consejos e independencia

Finalmente, deseamos examinar si en efecto las variables de composición y competencia se correlacionan con variables externas como la calidad judicial y la independencia. Esto es una cuestión importante a considerar dado que los Consejos son presentados como una buena práctica para promover la independencia judicial. Como paso inicial, utilizamos la información de independencia judicial producida por HOWARD y CAREY (2004). Ellos analizaron el informe del Departamento de Estado de Estados Unidos, "Annual Human Rights", por una serie de años en los 90 para producir variables simuladas para independencia individual, colectiva y total. Utilizamos el último año disponible (1999) y nos enfocamos en el factor de independencia individual. El índice tiene mucha variación.

Cuadro N° 9

INDEPENDENCIA JUDICIAL (HOWARD-CAREY), SEGÚN POWER INDEX

Power index	Media	N	Desviación Estd.
1	.57	7	.535
2	.55	40	.504
3	.67	51	.476
Total	.61	98	.490

Nuevamente vemos una tendencia hacia mayor independencia con mayor competencia. Esto nos sugiere que tal vez es un efecto de la independencia. Sin embargo, hay un problema potencial: cualquier índice que se establece en estructuras formales para la definición de independencia judicial acarrea problemas endógenos. Es posible, por ejemplo, que la definición del Departamento de Estado sea producida en sí por un juicio de si un país tiene o no un Consejo judicial.

Para superar este problema, necesitamos examinar la independencia judicial en su origen, más que basarse en una independencia formal o estructural. VOIGT (2003)⁵⁰ distinguió entre la independencia *de facto* y la *de jure*, y desarrolló índices separados para cada una. El índice de facto de VOIGT está compuesto por un número de variables que probablemente tienden a impactar los niveles actuales de independencia, tal como si la estructura de las Cortes ha cambiado, mientras el presupuesto e ingresos se han mantenido constantes; si los jueces han sido removidos; o la no implementación de decisiones judiciales. Utilizando este índice más refinado, no aparece como obvio que la independencia judicial aumente con el nivel de poderes o atribuciones.

Cuadro N° 10

INDEPENDENCIA JUDICIAL DE FACTO (VOIGT), SEGÚN POWER INDEX

Power index	Mean	N	Std. Deviation
1	.5600	5	.23801
2	.5053	15	.24617
3	.5065	26	.22978
Total	.5120	46	.23132

⁵⁰ FELD y VOIGT (2003). También HAYO y VOIGT (2004).

También podemos considerar el efecto de varios rasgos de los Consejos en métricas de independencia judicial. La tabla de abajo presenta diferentes modelos, usando tres variables dependientes midiendo diferentes aspectos de la independencia y calidad judicial. En cada caso examinamos los efectos de dos rasgos diferentes de los Consejos judiciales, los cuales son concebidos como acrecentadores de la independencia: poderes fuertes y una mayoría de jueces en los Consejos. En ningún caso estos indicadores se aproximan a una estadística significativa al aplicarse a países de *common law*. Estos resultados son sólidos a las especificaciones alternativas cuando cada rasgo es incluido. No encontramos evidencia que avale la supuesta relación entre la estructura del Consejo y la independencia y calidad judicial.

Cuadro N° 11

Variable dependiente R ²	Estado de Derecho	Independencia judicial de facto .78	Independencia judicial .23	Formalismo judicial/calidad .45
(Fuente)	(World Bank 2005)	(Voigt 2003)	(Howard/Carey 2004)	(Djankov y otros 2003)
Constante	-1.08	0.41	0.31	0.25
Porcentaje de jueces	0.21	0.15	0.08	0.10
Consejos con poderes fuertes	0.08	0.00	0.10	0.05
Common law	.22	-0.16	0.18	0.16
PIB per cápita	.00	.00	.00	.00

La última parte de la evidencia proviene de un análisis preliminar del Banco Mundial en aquellos países que han adoptado un Consejo después de 1996. Esta información muestra que más países sufrieron más bien un declive en su índice de Estado de Derecho ("rule of law") que un aumento de la misma. Treinta y nueve países sufrieron un declive de este índice entre el año de su adopción y 2005, y solo 27 países mostraron un incremento. Parece que el surgimiento de Consejos como una "buena práctica" internacional para promover la independencia judicial y calidad puede ser injustificada.

VI. CONCLUSIONES

Este documento es un primer examen de una nueva e importante institución para la independencia judicial, denominada Consejos judiciales. Comenzamos proveyendo una mirada amplia de las comisiones de elecciones en países de *common law* y las altas Cortes judiciales en sistemas de *civil law*. Hemos argumentado que los diferentes diseños tienen por objetivo alcanzar el balance adecuado entre independencia y *accountability* frente a dos fenómenos recurrentes, la politización de la judicatura y la judicialización de la política y las políticas públicas (*policy*), combinadas en distintos niveles a lo largo del mundo. Presentamos una tipología de Consejos observando dos elementos cruciales, composición y competencias.

Nuestro modelo económico de Consejos se basa en un modelo de "mandante-mandatario" o "agente-principal". El Consejo es un cuerpo intermedio que tiene por objeto reducir los costos de agencia debido al desalineamiento de intereses entre la sociedad y la judicatura y la posible "captura" por una minoría que tiene mejor información (por ejemplo los políticos). La forma exacta de este órgano depende de los incentivos judiciales y el rol judicial como también de la organización institucional. Nuestra observación empírica de patrones de estructuras institucionales muestra que las competencias y la composición interactúan en formas complejas para encarar diferentes problemas institucionales. También encontramos poca evidencia a favor de la extendida y concebida idea de que los Consejos aumentan la calidad en el agregado. De esta manera, enfatizamos la complejidad del rol de un Consejo y rechazamos la mirada simplista de que la importación o trasplante de ciertos tipos de Consejos tienen un rol determinado en la calidad de la judicatura. Así, entonces, rechazamos la mirada de organizaciones internacionales que aseguran que los jueces deberían siempre y en cualquier lugar formar parte de la mayoría de los miembros de Consejos⁵¹.

Nuestro marco de estudio explica por qué los Consejos persisten como instituciones. Los Consejos aseveran que ninguna institución puede fácilmente dominar la judicatura, ello porque incorpora actores de diferentes áreas. Los Consejos, una vez creados, proveen un lugar de competencia y lucha por lograr el adecuado balance entre

⁵¹ AUTHEMAN Y ELENA (2004).

independencia y *accountability*. Nosotros predecimos entonces que los Consejos se convertirán frecuentemente en objetivos de reformas institucionales.

Finalmente, introducimos la noción de una judicatura fuerte pero sujeta a *accountability* político. En varias formas, este tipo ideal es más deseable que la mirada convencional que pregonaba que la independencia judicial por sí sola es buena. Aquellos que enfatizan la independencia judicial muchas veces dejan de lado la necesidad de *accountability*, que provee la otra cara esencial de la moneda.

BIBLIOGRAFÍA

AUTHEMAN, Violane y ELENA, Sandra (2004): "Global Best Practices-Judicial Councils: Lessons Learned from Europe and Latin America" IFES.

AUTHEMAN, Violane y ELENA, Sandra (2004): "Global Best Practices-Judicial Councils: Lessons Learned from Europe and Latin America" IFES.

BAINBRIDGE, Stephen M. (2002): "Corporation Law and Economics" Foundation Press.

BESLEY, Timothy y PAYNE, Abigail (2003): "Judicial Accountability and Economic Policy Outcomes: Evidence from Employment Discrimination Charges" Working-Paper W03/11 Institute for Fiscal Studies.

BHATTACHARYA, Mita y SMYTH, Russell (2001): "The Determinants of Judicial Prestige and Influence: Some Empirical Evidence from the High Court of Australia" J. Legal Stud. 223-252.

BOIX, Carles (2000): "Democracy and Redistribution".

BOIX, Carles (2005): "Constitutions and Democratic Breakdowns", paper presented at Comparative Law and Economics Forum Chicago.

BRADNEY, Anthony (1989): "The Judicial Activity of the Lord Chancellor 1946-1987: A Pellet" J.L. & Soc'y, pp. 360-372.

BURBANK, Stephen (2006): "Judicial Independence, Judicial Accountability and Interbranch Relations" U. Pa. L. Sch., Working Paper No. 102 DISPONIBLE EN <http://lsr.nellco.org/upenn/wps/papers/102>

BURBANK, Stephen B. y FRIEDMAN, Barry (2002): "Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach".

CHOI, Stephen y GULATI, Mitu (2004): "A Tournament of Judges?" 92 Cal. L. Rev. 299.

CHOI, Stephen y GULATI, Mitu (2004): "Choosing the Next Supreme Court Justice: An Empirical Ranking of Judicial Performance" 78 S. Cal. L. Rev. 23.

Comparative Constitutions Project at the University of Illinois; www.seenetfiles.uiuc.edu/zelkins/constitutions.html

- COX, Archibald (1996): "The Independence of Judiciary: History and Purposes" 21 U. Dayton L. Rev. 565.
- DE HAAN, Willem, SILVIS, Jos y. THOMAS, Philip A. (1989): "Radical French Judges: *Syndicat de la Magistrature*" 16 J.L. & Soc y 477-482.
- EPSTEIN, Richard (1990): "The Independence of Judges: The Uses and Limitations of Public Choice" en *BYU Law Review* 827, 838.
- EPSTEIN, Lee, KNIGHT, Jack y SHVESTOVA, Olga (2002): "Selecting Selection Systems, in *Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary*" Approach 191-226.
- FELD, L. y VOIGT, S. (2003): "Economic Growth and Judicial Independence: Cross-Country Evidence using a new set of indicators" *Eur. J. Pol. Econ.*: 19(3):497-527.
- FENN, Paul y SALZBERGER, Eli (1999): "Judicial Independence: Some Evidence from the English Court of Appeal" 42 *J.L. & Econ.* pp. 831-847.
- FEREJOHN, John (1999): "Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence" 72 *S. Cal. L. Rev.* 353.
- FEREJOHN, John & KRAMER, Larry (2002): "Independent Judges, Dependent Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint" 77 *N.Y.U. L. Rev.* 962.
- FSU Symposium on Judicial Performance (2005).
- FRIEDMAN, Barry (2005): "The Politics of Judicial Review" 84 *Tex. L. Rev.* 256.
- GEORGAKOPOULOS, Nicholas L. (2000): "Discretion in the Career and Recognition Judiciary" 7 *Chi L. Sch. Roundtable* 205.
- GEORGE, Tracey E. y EPSTEIN, Lee (1992): "On the Nature of Supreme Court Decision Making" 86 *Am. Pol. Sci. Rev.* 323.
- GINSBURG, Thomas (2002): "Economic Analysis and Design of Constitutional Courts" *Theoretical Inquiries in Law*.
- GLICK, H. (1978): "The Promise and Performance of the Missouri Plan: Judicial Selection in the Fifty States" *U. Miami L. Rev.* 32.

- HAMMERGREN, Linn (2002): "Do Judicial Councils Further Judicial Reform? Lessons from Latin America" Working-Paper Series Democracy and Rule of Law Project 28.
- HANSEN, F. Andrew (2004): "Is There a Politically Optimal Level of Judicial Independence?" 94 *Am. Econ. Rev.* 712.
- HANSEN, F. Andrew (2004): "Learning About Judicial Independence: Institutional Change in State Courts" 33 *J. Legal Stud.* pp. 431-62.
- KAUFMAN, Irving (1980): "The Essence of Judicial Independence" 80 *Colum. L. Rev.* 671.
- KLERMAN, Daniel y MAHONEY, Paul (2005): "The Value of Judicial Independence: Evidence from 18th Century England" 7 *Am. L. & Econ. Rev.* 1.
- LAFFONT, Jean-Jacques y TIROLE, Jean (1993): "A Theory of Incentives in Procurement and Regulation" MIT Press.
- LANDES, William y POSNER, Richard (1975): "The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective" 18 *J.L. & Econ.* 875.
- LEVINSON, Sanford (2006): "Identifying Independence" 86 *B.U. L. Rev.* 1297.
- MACEY, Jonathan (1986): "Promoting Public-Regarding Legislation through Statutory Interpretation: An Interest Group Model" 86 *Colum. L. Rev.* 223.
- MACEY, Jonathan (1987): "Competing Economic Views of the Constitution" 56 *Geo. Wash. L. Rev.* 50.
- MAGALHAES, Pedro (1999): "The Politics of Judicial Reform in Eastern Europe" 32 *Comp. Pol.* 43-62.
- MAITRA, Pushkar y SMYTH, Russell (2004): "Judicial Independence, Judicial Promotion and the Enforcement of Legislative Wealth Transfers - An Empirical Study of the New Zealand High Court" *Eur. J.L. & Econ.*, at 17.
- MALLESON, Kate (2004): "Selecting Judges in the Era of Devolution and Human Rights, in *Building the UK's New Supreme Court*" en *National and Comparative Perspectives* (Andrew Le Sueur Ed.).

- MALLESON, Kate (1997): "The Use of Judicial Appointment Commissions: A Review of the US and Canadian Models" Lord Chancellor's Department, Research Series 6/97.
- MALLESON, Kate (2005): "The Legal System" ch. 17.40.
- MALLESON, Kate (2006): "Rethinking the Merit Principle in Judicial Selection" 33 J.L. & Soc'y. pp. 126-140.
- POSNER, Richard (1993): "What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing as Everybody Else)" Sup. Ct. Econ. Rev. 3, 1.
- POSNER, Richard (2005): "Judicial Behavior and Performance: An Economic Approach" 32 Fla. St. U. L. Rev. 1259.
- POUND, R. (1937): "The Causes of Popular Dissatisfaction With the Administration of Justice" 20 J. Am. Jud. Soc'y 178.
- RAMSEYER, J. Mark (1994): "The Puzzling (In)dependence of Courts" 23 J. Legal Stud. 721.
- RAMSEYER, J. Mark y ERIC, Rasmusen (2003): "Measuring Judicial Independence" University of Chicago Press.
- RAMSEYER, J. Mark y ERIC, Rasmusen (1997): "Judicial Independence in Civil Law Regimes: Econometrics from Japan" 13 J.L. Econ. & Org. 259.
- RAMSEYER, J. Mark y ERIC, Rasmusen (2004): "Measuring Judicial Independence".
- RENOUX, Thierry-Serge (2000): "Les Conseils Supérieurs de la Magistrature en Europe" Documentation Française (Coll. Perspectives sur la justice).
- Recommendation No. R (94) 12 (1994) of the Committee of Ministers to Member States on the Independence, Efficiency and Role of Judges (Council of Europe Recommendation)
- ROGERS, James R., ROY B., Flemming y Jon R., BOND (2006): "University of Virginia Press", Institutional Games and the U.S. Supreme Court
- SHAPIRO, Martin (1981): "Courts: A Comparative and Political Analysis" SOLOMON, Peter H. (2002): "Putin's Judicial Reform: Making

- Judges Accountable as well as Independent" 11 E. Eur. Const. Rev. 117-123
- TABARROK, Alexander y HELLAND, Eric (1999): "Court Politics: The Political Economy of Tort Awards" 42 J.L. & Econ. 157.
- TECK, Kim y KIM, Seah (1990): "The Origins and Present Constitutional Position of Singapore's Legal Service Commission" Sing. Acad. L.J., at 2.
- THOMAS, Cheryl (1997): "Judicial Appointments in Continental Europe" Lord Chancellor's Department, Research Series 6/97.
- VOERMANS, Wim y PIM, Albers (2003): "Councils for the Judiciary in EU Countries" European Council for the Efficiency of Justice, CEPEJ.
- WEBSTER, P. (1995): "Selection and Retention of Judges: Is There one Best Method" Fla. St. U. L. Rev.