

MEDICIÓN INFERENCIAL DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL DE UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A TRAVÉS DE INDICADORES

Victorhugo Montoya Chávez

Magíster en Democracia y Buen Gobierno por la Universidad de Salamanca y profesor del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Categoría Profesores

Tomando en cuenta las dinámicas políticas, jurídicas, sociales, culturales y académicas que rodean la actuación del Tribunal Constitucional, en tanto ser un órgano especial de justicia, es preciso dotarle a los jueces que lo componen la suficiente independencia para que decida de acuerdo a Derecho. Para determinar cómo actúa cada magistrado se hace imprescindible medir cuán independiente es. En el presente trabajo se propone una medición basada en cinco indicadores, interpretándose los resultados obtenidos en función de la contrastación de la teoría analizada con la práctica que se refleja en resoluciones concretas, a través del uso de la técnica de casos paradigmáticos. Dichos indicadores son la normalidad procesal «que incide sobre el trámite de los expedientes»; la consistencia individual —que incide en la evolución de los votos particulares de los magistrados—; la consistencia interna —que incide en cómo ha fundamentado la resolución—; la consistencia temporal —que incide en si el Tribunal es coherente con su jurisprudencia—; y, la corrección argumentativa —que incide en la injerencia directa de agentes externos para torcer la *decisum* final.

I. Introducción

Según el artículo 201 de la Constitución, el Tribunal Constitucional (TC) es independiente del resto de poderes y órganos constitucionales. La pregunta inicial entonces es, ¿qué significa que sea independiente?, sin embargo, entender el alcance de lo que implica la categoría jurídica de «independencia judicial»¹ no es empresa sencilla, menos aún en una institución como el TC. Definir independencia encierra tal complicación conceptual que su significado se vuelve escurridizo e inaprensible; es como descubrir una «caja negra» (Schedler 2000: 393).

Sin embargo, en términos genéricos, independencia indica la capacidad del juez de resolver un conflicto de su competencia, sin interferencias en su razonamiento. Incluye una dimensión como autonomía, que desarrolla la posibilidad de decidir libremente de acuerdo

¹ Ante todo se le exhibe como una garantía de la función jurisdiccional (artículo 139.I de la Constitución). Se presenta como una categoría necesaria dentro del moderno Estado social y democrático de derecho.

con su conocimiento del Derecho (Ríos-Figueroa 2011)², lo cual define la ausencia de vínculos de sujeción política, económica o jerárquica (fundamento 33 de la Sentencia del Tribunal Constitucional - STC 0023-2003-AI/TC). En el caso del TC, el artículo I de la Ley n.º Orgánica del TC y el artículo I de la Resolución Administrativa 095-2004-P-TC, 28301, Reglamento Normativo del TC, señalan que este solo se encuentra sometido a la Constitución³ y a su Ley Orgánica.

Para que exteriorice su verdadera *vis expansiva*, debe presentarse antes que como privilegio del juez, como una «garantía orgánica y funcional»⁴ a favor de las instituciones y jueces a quienes se ha confiado la prestación de la tutela jurisdiccional (fundamento 11 de la STC 2852-2010-PA/TC),⁵ solo así se preserva al juez de cualquier intromisión a la hora de decidir,⁶ implicando la capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos constitucionales (fundamento 11 de la STC 2851-2010-PA/TC).

A través de la independencia, por ende, se podrá asegurar el rendimiento político de cuentas, expandir la representación de grupos de interés y contribuir a fomentar gobernabilidades democráticas estables (Peretti 2003: 102).⁷ Acudir a un juez, especialmente un tribunal, «permite que los perdedores en los procesos políticos apelen a los jueces y no al cielo... Si la vida, la libertad y la propiedad dependiesen del resultado de la siguiente elección, los ciudadanos pensantes podrían ser renuentes a aceptar tal proceso de toma de decisiones, a menos que estuviera fundado en una cultura política que limitara el poder y garantizara oportunidades permanentes para la participación política» (Murphy 2001: 15). Esta idea refuerza la confianza que debe tenerse en el juez democrático y su capacidad de control del poder, incluso del que ostenta el órgano con mayor legitimación que puede existir (representantes elegidos democráticamente) a través de los procesos que son vistos en su sede (inconstitucionalidad, conflicto de competencia, amparo, hábeas data, hábeas corpus y cumplimiento).⁸

Más allá de estas pinceladas conceptuales, a la hora de analizar si en una situación concreta se ha vulnerado la independencia de cualquier juez —especialmente uno constitucional—, es preciso el uso de indicadores a fin de evitar subjetivismo en el análisis. Medir significa expresar

2 A juicio de este autor, también cuenta como una dimensión de poder o eficacia, según la cual se permite la posibilidad de emitir decisiones.

3 Es decir, «se encuentra plenamente sometido a la eficacia y fuerza normativa de la Constitución» (fundamento 2 de la STC 0050-2004-AI/TC y otros).

4 Se le trata también como función y garantía (Diez Picazo 1992).

5 También como garantía, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Reverón Trujillo c/ Venezuela. Sentencia de fondo, de 17 de septiembre de 1997.

6 Sobre la base de la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución peruana, el concepto de independencia se optimiza gracias a su desarrollo en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 10), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XXVI); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.1); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8.1); la Declaración Universal sobre la Independencia de la Justicia, de Montreal, 1983; los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, Resoluciones de la Asamblea de las Naciones Unidas 40/32 y 40/146, de 1985; y, la Carta Democrática Interamericana, de 2001.

7 Concluye su razonamiento de esta forma: «Es además consecuente con el sistema de interdependencias y estrechamientos mutuos que intencional y sabiamente crearon los padres de la Constitución».

8 Como una ley tiene la finalidad de que sus efectos se concentren en grupos con los que pueden tener poder político, el papel de un juez constitucional es esencial «pues a partir de sus razonamientos y precedentes jurisprudenciales tendrá la capacidad de influir en las posturas políticas de un momento coyuntural determinado» (Safar Díaz 2009: 189), aparte de declararla inconstitucional si es contraria a los valores y principios de la Constitución.

un fenómeno en términos de comparación, a través de clases asignadas a las observaciones con reglas de interpretación empírica aplicables uniformemente a todas las observaciones, además de expresar relaciones entre clases (Przeworski y Teune 1970: 93). Sobre la base de indicadores, se transformará una proposición normativa en una positiva, un cambio de plano: del «deber ser» se pasa al del «ser» (Linares 2003: 109). Siguiendo esta metodología de medición, el presente trabajo, por tanto, busca formular una propuesta para determinar el grado de independencia judicial de un TC.

2. Independencia judicial de un tribunal constitucional como variable dependiente

En primer término, corresponde analizar qué significa la independencia judicial de este tribunal, en tanto esta se presenta como la variable dependiente a ser estudiada. El Estado democrático requiere de mecanismos de vigilancia y responsabilidad entre los órganos estatales, situación de la cual se deriva una posición expectante de los jueces constitucionales, a quienes corresponde actuar con independencia para cumplir con las funciones que les asigna la Norma Fundamental.

2.1. El tribunal constitucional como controlador del poder

La Constitución aparece, no como el «centro del que todo derivaba como irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger» (Zagrebelsky 1995: 14). Entendida como límite al poder político que garantiza libertades, la Constitución posibilita la institucionalización de los acuerdos políticos, sociales y económicos presentes en una asamblea constituyente, donde los diversos sectores colectivos concilian sus intereses y los desarrollan, previa aceptación de los límites a los que se sujetan — pacto o contrato social—. ⁹ Todos los miembros de la comunidad, por tanto, están obligados a respetar, cumplir y defender la Norma Fundamental (artículo 38 de la Constitución). ¹⁰ Para lograrlo se requieren mecanismos procesales específicos tendentes a asegurar su vigencia.

Frente a la propuesta estadounidense de la *judicial review*, en la Europa continental de inicios del siglo pasado se promovió el surgimiento de un órgano especializado en la tutela de la jerarquía normativa de la Constitución. De ser el mero controlador de constitucionalidad de las leyes (Kelsen 1989 [1934]), hoy es el responsable de la garantía y actualización de la Constitución como contrato social y codirector de su proceso continuo (Häberle 2004: 124), encargado de resguardarla y controlar los abusos del resto de poderes públicos. Este nuevo diseño institucional del Estado deriva en una relectura de la clásica doctrina del *balance of powers*.

9 Se formula un «derecho sobre el derecho», vínculo ineludible entre normatividad y su observancia real (Ferrajoli 2002), concepto recibido por la jurisprudencia, entendiéndola como «Derecho de la Constitución», conjunto de valores, derechos y principios que limitan y delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos (STC 5854-2005-PA/TC).

10 La Constitución es fuente de derecho en sí misma, pero sobre todo es la fuente de fuentes que regula la producción normativa (STC 0047-2004-AI/TC), y su efecto invade todas las esferas del poder, no solo del formal sino también del informal.

A partir de los límites propuestos a la soberanía regia británica del siglo XIII, retomando el pensamiento aristotélico, en el ámbito europeo se promovieron «poderes estancos» (tradicional división de poderes de Locke 2004 (1680) y Montesquieu 1987 (1748))¹¹ que fueron institucionalizados, superados y constitucionalizados en el ámbito estadounidense a través del *checks and balances*. Visto así, el poder del Estado —limitado, en principio— se divide y se encierra en un sistema de competencias circunscritas (Schmitt 1982: 138).¹² Si bien en un modelo democrático, las elecciones son el mecanismo primario para disciplinar a los máximos funcionarios del Estado es necesario que los *checks and balances* actúen en toda su dimensión (Persson et al. 1997). Aunque se plantee que el «monopolio judicial... merma el número de escenarios en el que ocurre el diálogo constitucional (y) resulta corrosivo para la ilustración constitucional» (Finn 2001: 41-58), el control dentro del Estado, es necesario para fortalecer la rendición de cuentas, tanto de forma vertical (Estado-sociedad) como desde el punto de vista horizontal, donde la *accountability* es producto de «redes» de órganos estatales que incluyen en su cúspide a los tribunales (O'Donnell 1997: 158). Tal esquema obliga al TC a ser el guardián de la Constitución,¹³ controlando los excesos que se puedan presentar en el ámbito estatal y en el privado. Colabora así con la gobernabilidad del Estado, su legitimidad y desarrollo.

Una visión elitista del juez constitucional podría excluir a los ciudadanos y a sus representantes electos de la labor legítima de elegir, modelar y remodelar nuestros valores e ideales fundamentales (Finn 2001: 57-58); la «empresa constitucional» debería considerarse, por el contrario, un asunto ampliamente democrático, y requiere del TC que se ubique en el lugar preciso que le corresponde en el nuevo diseño del Estado.¹⁴ Su importancia capital para el funcionamiento de la vida pública y privada, sin embargo, no puede ser confundida con el otorgamiento de atribuciones excesivas. El supremo intérprete de la Constitución¹⁵ debe actuar según sus atribuciones, moderación que también ha de orientar la actuación de los magistrados, para que participen de la «cooperación material en el consenso básico».¹⁶ Sería contraproducente que el TC sea un órgano sin controles o superior al resto o, peor aún, que actúe sometido a las órdenes de quienes debe controlar.

En general, los poderes del Estado, antes omnímodos, hoy están sometidos a la Constitución. Las democracias liberales se basan en la afirmación de que cuentan con procedimientos

-
- 11 Asimismo, Loewenstein 1976 postuló los clásicos «exámenes interorgánicos» entre los poderes públicos.
- 12 La división de poderes evita el monopolio del poder, para evitar los costes de transacción elevados que provocan los afectantes de la toma de decisiones (Posner 2007); y si bien, podría considerarse que la fusión de los poderes públicos en un solo órgano puede llegar a ser eficiente, la desconcentración del poder crea una división de labores entre los poderes estatales, asegurándose la ejecución de políticas públicas, más allá del término del mandato y con un control más efectivo de la burocracia. En tal sentido, existe la «necesidad de crear reglas constitucionales de incentivo al autocontrol y a la incorporación del bienestar general dentro de la función de utilidad que da el ejercicio del poder» (Safar Díaz 2009: 184). En este esquema, el tribunal se convierte en un mecanismo de restricción, racionalización y control del poder estatal y social (Häberle 2004).
- 13 Gargarella no es tan optimista sobre el rol que debe cumplir un TC a la hora de controlar las leyes (1997: 55 y ss.).
- 14 Es incontestable su rol «in the establishment and maintenance of constitutional democracies» (Epstein et al 2000: 155).
- 15 Del control de la Constitución (artículo 201 de la Constitución), se deriva su consideración como máximo órgano de interpretación constitucional (artículo 1 de su ley orgánica y su reglamento normativo).
- 16 El TC es la autoridad judicial que interpreta y aplica las normas constitucionales, teniéndolas presentes al analizar las leyes ordinarias «y vivificarlas, infundiéndoles el espíritu progresivo de la Constitución» (Calamandrei 1962: 181). Resuelven como órganos independientes los conflictos por medio de un proceso que debe ser justo, aún cuando sea de derecho objetivo, en base a razonamientos jurídicos y cuyas sentencias tienen valor de cosa juzgada (Favoreu 1994: 31).

accesibles y arraigados para proteger las libertades de los ciudadanos (Ware 2000). Dicha protección no puede limitarse al poder estatal, sino también al fáctico, pues la *drittwerking* (eficacia horizontal) de los derechos fundamentales importa un límite a quienes actúan fuera del marco constitucional, incluso lejos del ámbito público. La democracia «no es dualista, es monista; no reconoce límites válidos o distinciones entre la esfera pública y la privada» (O'Donnell 1997: 148). El TC, entonces, se encuentra habilitado para hacer que cualquier actor externo al proceso respete el marco constitucional y no solo los poderes formales.

2.2. Independencia judicial como condición para su actuación

Las Constituciones son contratos incompletos. Su apertura interpretativa no puede avalar abusos de poder, incluso en contra del propio Tribunal. El juez constitucional *ergo* debe estar protegido de influencias insanas, para que actúe jurisdiccionalmente bajo criterios racionales y objetivos. Cuando actúa, la ética, la independencia y la idoneidad son una triada que lo ha de orientar (Bidart Campos 1998). No puede vigilar el correcto funcionamiento de los actores externos si estos gobiernan las decisiones del TC. El juez constitucional debe resolver las controversias, asumiendo su carácter político y jurídico, sobre un marco interpretativo estrictamente normativo, procurando resolver cuestiones sociales y asuntos públicos, que subyacen el sentido de la propia Constitución.

La esencia misma del *checks and balances* constriñe que cada órgano del Estado tenga los mecanismos normativos e institucionales para evitar las injerencias indebidas del resto de poderes (Hamilton, Madison y Jay 1961 [1788]). En la actualidad, la independencia del TC es un requisito *sine qua non* de las democracias, sobre todo si toma en cuenta la importancia y los efectos que tienen las decisiones jurídicas en la política (Shapiro 1993). Asimismo, es considerado como adalid del paradigma contramayoritario en la academia legal (Rubin 2002: 56, ss.).

La independencia judicial se exhibe como una metarregla: «la regla de seguir las reglas» (Schedler 2000: 392). No obstante, el juez constitucional actúa no solo gracias al texto de una norma que lo ampara —esto es, la fuerza normativa o eficacia del derecho deriva del poder efectivo de los jueces (Binder 2001)—, sino por un conjunto de recursos fácticos (económicos, persuasión, organización, coacción) que complementan su actuación. La independencia, por tanto, se inserta en las interconexiones entre unidades gubernamentales (Rubin 2002: 91), al surgir como una aversión a la injerencia de los otros poderes públicos, incluso los fácticos, en su ejercicio funcional.¹⁷ Como a veces el sistema «puede facilitar que un partido, una facción o una coalición de intereses no muy recomendables pueda controlar el Poder Judicial, o puede promover una autodefinition privilegiada y arcaica del cuerpo judicial» (O'Donnell 1997: 164), es preciso que el juez —especialmente dentro del Tribunal Constitucional— tenga un poder de hecho, no solo de derecho, para que los terceros no sean los que resuelvan los conflictos en vez de aquel.

Aun cuando la independencia judicial es un medio, no un fin en sí mismo,¹⁸ cabe responder para qué es necesaria la independencia, máxime si lo que está en juego es que el TC cumpla

17 La función de control de los poderes públicos es inherente a los jueces dentro de un Estado de Derecho (Pizzorusso 1990: 3).

18 La independencia no puede ser entendida como una categoría de valor absoluto. Se justifica como condición para

las funciones asignadas constitucionalmente.¹⁹ La interrogante parece ser más compleja de lo que parece, habiéndose esgrimido razones de las más diversas. Entre otras se plantea: (i) que una justicia independiente puede reducir los riesgos de las partes cuando varíen las preferencias políticas agregadas;²⁰ (ii) que a través de la resolución de conflictos, sin interferencias de terceros, se propicia el desarrollo económico de un país;²¹ y, (iii) que promueve la tutela de derechos, especialmente en el ámbito procesal.²² Es complicado encontrar la *leitmotiv* de la independencia, pero, si de las fuentes del derecho se deriva una posible decisión, sin interferencias de terceros, es probable que el sistema de justicia constitucional se fortalezca y la esencia misma del mismo se vea consolidada.

Desde el modelo de separación de poderes (similar al *attitudinal model*), en el juego de pesos y contrapesos, el Tribunal requiere decidir bajo criterios eficientes.²³ No hay construcción teórica válida donde no se proponga que el TC deba ser independiente para poder cumplir el objetivo que la Constitución le asigna. Es una institución referente por su trascendencia en el momento de cumplir a cabalidad los postulados teóricos del *balance of powers* —que ella misma está obligada a respetar y salvaguardar— (Breyer 2007). Cumplir su función termina siendo una incomodidad para el *establishment*, al identificar las falencias del sistema y de sus instituciones (Toro Ochoa et al. 2008: 11, 15),²⁴ pero es ineludible.

Es por ello que para cumplir su cometido, los tribunales requieren de protecciones que no son ni necesarias ni suficientes para asegurar la independencia judicial (Cameron 2002: 140). En este sentido, la «independencia estructural» (Salzberger 1993) se presenta como una garantía que el propio ordenamiento brinda tanto en el ámbito personal, colectivo —a la judicatura en su conjunto— e interno —dentro de la propia organización judicial— (Díez Picazo 1992), es decir, trasladándola al TC, de todos los miembros frente al poder externo y los jueces frente al

conseguir determinados objetivos. Es así como se exhibe como una manifestación del principio de separación de poderes y la imparcialidad y, a través de ellos, de la seguridad jurídica y previsibilidad (Martínez Alarcón 2004: 69). La idea es contar con jueces libres de sometimientos para que su actuación quede únicamente supeditada a lo que dicta el Derecho, única forma para lograr la seguridad jurídica (Valdecabres Ortiz 2004: 136).

19 Artículo 202 de la Constitución.

20 Las partes que no cumplen sentencias adversas, contrarias al poder dominante, se exponen a represalias cuando varíen las inclinaciones políticas del país (Stephenson 2003).

21 En vista de que la independencia es parte de la institucionalidad, como uno de los pilares de la competitividad mundial, recientemente se ha afirmado que «*the political dependence of the judicial system impose significant economic costs to businesses and slow the process of economic development*» (WEF 2010: 4). Sin embargo, por ejemplo, el caso japonés ha llegado a demostrar que «la independencia judicial no es una condición necesaria para la estabilidad o para el desarrollo (económico)», toda vez que el país asiático no es precisamente un ejemplo de independencia judicial (Kornhauser 2002: 45-52).

22 Por más que a veces se avale esta ligazón en vista de una comprobación estadística significativa (Cameron 2002: 144), los nexos parece que son más bien tentativos y parciales, tal como lo comprueba la Corte Suprema estadounidense —con un alto grado de independencia— por las sentencias emitidas durante las eras McCarthy (Vid. *Barrenblatt versus United States*, 360 U.S. 109 [1959]) o del New Deal (entre otras, *San Antonio Indep. Sch. Dist. versus Rodríguez*, 411 U.S. 1 [1973]), poco proclives a la tutela de derechos (Yamanishi 2000). Por ello se concluye que «Las libertades se protegen mejor por medio de procesos democráticos deliberativos que a través de cortes independientes actúan de acuerdo con determinados fines» (Peretti 2003: 87).

23 Muchas veces se cuestiona que a través de sus sentencias se convierta en un policy-maker informal (Epstein et al. 2000: 4).

24 La politización de la justicia implica la posibilidad de proteger a las minorías frente a los abusos de las mayorías, razón por la cual la independencia del juez —especialmente, la constitucional— es condición indispensable para ratificar la reserva de la racionalidad que representa el derecho (Ansolabehere 2005: 43).

colegiado. Nunca podría contarse con un TC idóneo si es que sus miembros están sometidos a poderes fácticos o públicos que imposibilita el cumplimiento de sus funciones.

Según el propio TC, al asumir el «rol de guardián de la Constitución que el Poder Constituyente le ha confiado» (fundamento 7 de la STC 5854-2005-PA/TC), esta institución debe hacer frente muchas veces a los conflictos de la más alta trascendencia social y política, puesto que las decisiones jurisdiccionales que adopte tendrán un impacto en los medios académicos y de comunicación social. No obstante, el reconocimiento del Estado social y democrático de derecho (artículos 3 y 43 de la Constitución) como un espacio plural para la convivencia, hace posible que la labor del máximo intérprete de la Constitución sea la de un auténtico componedor de conflictos sociales, función que se canaliza, en forma institucional, a través de los procesos constitucionales. «La argumentación constitucional es en este contexto el mejor recurso de legitimación y persuasión con que cuenta este Tribunal para la búsqueda del consenso social y el retorno de la armonía, logrando de este modo adhesiones; persuade y construye un espacio para su propia presencia en el Estado, erigiéndose como una institución de diálogo social y de construcción pacífica de la sociedad plural» (fundamento 2 y 3 de la STC 0048-2004-AI/TC).

2.3. Determinación de elementos integrantes

Lo real y concreto es que «*the actual existence or degree of dependence or independence of judges is impossible to detect. It is something conscience or unconscience in the mind of judges*» (Salzberger 1993). Se identifica la independencia con diversos términos con los que puede entremezclarse y confundirse —entre ellos, la imparcialidad—,²⁵ requiriéndose superar la variabilidad conceptual para que sea útil en una investigación (Kornhauser 2002: 46). No es admisible estiramientos conceptuales o la utilización del mismo vocablo con contrastes semánticos. Es preferible, por tanto, identificar sus elementos para ir conociendo su real dimensión. El siguiente nivel de la construcción conceptual implica una referencia al sujeto, los actores externos y la ausencia de injerencias, que son los que integran la «independencia judicial».

2.3.1. Sujeto tutelado (J)

La independencia permite una protección a favor de quienes se encuentran dentro de la administración de justicia, en este caso, dentro de la justicia constitucional. En este punto, es imprescindible definir a quién exactamente resguarda. Caben cuatro opciones (Linares 2003: 110): a la propia institución —en este caso, el TC—,²⁶ a los jueces que la integran —magistrados constitucionales—; a las decisiones que emiten —sentencias constitucionales—; o al proceso mismo.

25 Para Otto y Pardo, la independencia se presenta como arquitectura al servicio de la imparcialidad, aunque no basta con su presencia para garantizar esta última (1989: 63, ss.). Al entender de Andrés Ibáñez y Movilla Álvarez, tal independencia es el «presupuesto de la necesaria colocación de los jueces en condiciones de ejercer su cometido de manera imparcial» (1986: 29).

26 Se ha logrado analizar el grado de independencia de un tribunal constitucional como si toda ella fuese un solo juez y no magistrados individualmente considerados (Toro Ochoa et al. 2008: 21).

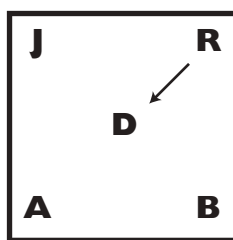
Por utilidad metodológica, el centro del examen debe encontrarse en el juez, exactamente en cada uno de los jueces. La independencia «no proviene solo del diseño legal e institucional que se adopte, sino de la conciencia del juez» (Pásara 2007) y se exterioriza como un conjunto de aseveraciones normativas y empíricas sobre los jueces en sus relaciones con los otros (Peretti 2003: 83). Pero todas las opciones planteadas se encuentran interrelacionadas entre sí, y no pueden estudiarse por separado porque sus atributos podrían solaparse.

La institución es la suma de la actuación de los jueces que conforman un tribunal; sus decisiones expresan un producto intelectual de quien resuelve (muy especialmente en el presente estudio que usa los casos paradigmáticos como principal insumo para el análisis); y, el proceso, el manejo que de este hace el juez. Como es el juez el sujeto de la independencia, elemento caracterizado por «J», cuando se mida el grado de independencia del TC, el examen se debe centrar en actuaciones de magistrados concretos, a través tanto de forma particular como a través de un colegiado.

Como a través de la independencia del juez constitucional trata de brindársele todas las garantías posibles para resolver el conflicto que se le somete, suele confundírsele con otros conceptos, como la integridad (Rossen 1987) —autonomía funcional del juez—, elemento proveniente de la doctrina de la separación o distribución de poderes; la insularidad, conjunto de garantías institucionales que la aseguran la neutralidad (Cappelletti 1988); o, más preciso, la imparcialidad, al ser presentada como un concepto que es el soporte básico de cualquier sistema de justicia, por provenir del concepto mismo de justicia (Salzberger 1993: 372).²⁷

Sin lugar a dudas, la relación más sólida se da con la imparcialidad judicial. Siguiendo un modelo cognitivo idealizado, Schedler define a esta como un elemento de la independencia judicial (2000: 392), en vista de que un juez solo podrá jactarse de ser independiente cuando resuelve el conflicto jurídico sobre la base de fuentes del derecho, sin nada ni nadie que obstaculice su razonamiento. Dos partes en conflicto (A y B) requieren de un actor heterónimo para que les administre justicia (C), quien resolverá a través de una *decisum* (D) impuesta a partir de un conjunto de reglas (R).²⁸

Gráfico N° I. Modelo analítico de imparcialidad



Schedler 2000

27 Es en el juez donde se puede demostrar la existencia de preferencias preconcebidas hacia alguna de las partes o intereses personales en el resultado (Toharia 1999; Schedler 2003). Por eso, la imparcialidad es un componente de la independencia interna (Méndez, 2000: 8) o de la funcional (fundamento 15 de la STC 2852-2010-PA/TC; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Asunto Pullar c/ Reino Unido, de 10 de junio de 1996).

28 En el caso de un TC, R es la Constitución y las normas integrantes del bloque de constitucionalidad, además de otras fuentes de derecho admisibles (Vid. precedentes).

Se presenta como utópico pensar en la objetividad total del magistrado, pero no puede entenderse en el sentido de que *prima facie* los jueces no deben ser imparciales.²⁹ De hecho, deben serlo, están obligados a serlo. Más allá de cuestiones que pueden poner un cierto grado de subjetivismo las decisiones que tomen, la forma de actuación de un magistrado ha de ser honesta, pues, bajo un principio de responsabilidad constitucional, los jueces constitucionales buscan la protección de la Norma Fundamental, la cual guía su actuación. Lo que sí se puede exigir a un juez es que sea consecuente con su pensamiento y leal a la hora de resolver. Debe ser honesto tanto con la propia Constitución como con el órgano al cual pertenece.

Un juez debe seguir las reglas que el derecho le impone para poder resolver el caso. Únicamente resuelve un conflicto con las reglas que el ordenamiento jurídico establece, sobre la base de hechos probados. A través de su razonamiento (*ratio decidendi*) —guiado por normas, sentencias, principios generales, doctrina o costumbres—, arribará a una decisión final. También influyen en él elementos axiológicos y de conducta estratégica. Por eso, es indispensable que no haya agente alguno, extraño o no al proceso constitucional, que le impida cumplir su función de administrar justicia.

2.3.2. Actores externos (ÆAE)

El segundo componente de la independencia judicial son los actores externos («ÆAE»). Estos son aquellas personas u organizaciones que podrían interferir en la actuación del juez a la hora de resolver. La independencia actúa frente a ellos, por tener intereses manifiestos y subrepticios al proceso, interviniendo a través de una serie de acciones para conseguir un resultado judicial distinto al que correspondería si se siguiera criterios estrictamente jurídicos. La expresión simbólica «Æ» indica que en cada caso de afectación de independencia existe por lo menos un «ÆE» inmiscuyéndose.

La palabra «actor» precedida del adjetivo «externo» tiene una doble connotación. En primer lugar, incluye a quienes se encuentran fuera de la institución —independencia externa—. He aquí donde se encuentran tanto los poderes formales —en el caso nacional, referido a los tres poderes clásicos, más los órganos constitucionalmente reconocidos—, como los fácticos —grupos de poder económicos, medios de comunicación social, instituciones sociales como la Iglesia, las organizaciones no gubernamentales (ONG) o el público en general—. ³⁰ Las partes si no actúan dentro de los parámetros establecidos por la normatividad, también pueden convertirse en actores externos.

En segundo lugar, también son ÆE aquellos que se encuentran dentro de la propia institución, léase, el resto de jueces. Esto es lo que viene a denominarse «independencia interna» (Pásara 2007: 316). Si bien en el Poder Judicial, por su estructura, pueden existir jueces de distintos niveles que tengan intereses en la decisión que toma uno de ellos; en el caso del TC, por la organización horizontal que tiene, un juez del colegiado o de la sala también puede influir en algún(os) de sus colegas.³¹

29 Así se configura constitucionalmente la necesidad de la existencia de jueces autoconscientes de su condición personal y de la representación diversa de las opciones políticas en una sociedad democrática, como elementos esenciales para acercarse lo máximo posible a la razón jurídica. Por ello, el fin colectivo del TC es la primacía de la Constitución (Montoya Chávez 2011).

30 La independencia excluye la injerencia tanto del Gobierno como de cualquier otro actor (Rossen 1987).

31 Como se deja sentado en el propio TC peruano, la injerencia prohibida es la de «extraños», es decir, «otros poderes públicos o sociales, e incluso órganos del mismo ente judicial» (STC 0023-2003-AI/TC).

2.3.3. Ausencia de injerencias (~I)

El último elemento de la independencia es el tipo de relaciones entre sujeto y actores externos. Implica una ausencia o amenazas de injerencias vedadas (Staats 2003) que haga posible una «privación de vínculos indebidos». El símbolo «~I» implica que el juez pueda cumplir con las funciones que tiene asignado, resolver el conflicto con las fuentes del derecho y con los hechos, sin que nada irregular y externo intervenga en su razonamiento.

La independencia exige la desaparición de cualquier poder distorsionador. El poder es la relación causal entre las preferencias y resultados (Cameron 2002: 135): un sujeto tiene poder sobre otro cuando hace que este se conduzca de modo que observe sus intereses. Aplicando este concepto al caso judicial, hay injerencia cuando los actores externos tienen el suficiente poder para que el juez resuelva sin tomar en cuenta la propia preferencia. De forma metafórica, y contraponiéndolo a sometimiento, Stephenson presenta la injerencia judicial como un caso de «personas con armas y dinero voluntariamente sometándose a personas armadas únicamente con un mazo» (2003). En las grandes cuestiones jurídicas es imposible que no existan intereses que busquen socavar la independencia del juez, por lo que a este solo le corresponde «rechazarlos y paralizarlos» (Landa Arroyo 2010).

No toda intervención es negativa. Por ejemplo, la influencia de las partes es indispensable para resolver el caso (aporta pruebas o intenta convencer al juez de sus argumentos); asimismo, los legisladores están capacitados para dictar normas relativas a la actuación de los jueces como parte de sus atribuciones. Solo será inadmisibles la intervención que a juicio de las normas sea ilegal o ilegítima: sobornos, amenazas, coacción, manipulación ideológica o lealtades políticas.

En conclusión, de lo que se ha podido observar, la independencia judicial, a ser aplicada al Tribunal Constitucional, debe ser presentada a través de la siguiente fórmula:

$$\exists AE \sim \underline{I} J$$

Esto es, la independencia implica que cualquiera de los actores externos está impedido de interferir en la actividad resolutoria del juez.

3. Método de medición

Antes de establecer cómo medir, debe definirse sobre qué medir. El carácter especial del TC implica el uso de un tipo de datos también especiales que permitan en qué nivel se halla su independencia. Es así como se ha decidido utilizar la estrategia de recolección de datos de casos paradigmáticos, los cuales se verán contrastados por información adicional.

3.1. Medición inferencial

La medición se centra en indicadores pues si bien estos traen consigo un margen de error, este es superable a través del *criterion validity*. Corresponde ahora, tras conocer qué medir, determinar las pautas de medición adecuadas y la operacionalización de los indicadores, siendo

cuidadosos para que no exista *conflation* (superposición de los índices en la fase de agregación) o sobreespecificación de los componentes del marco referencial del concepto.

Ya se señaló que el concepto «independencia judicial» es uno de difícil aprehensión. Los jueces, y en especial los constitucionales, no pueden ser tan ingenuos a la hora de demostrar una posible intromisión que afecta su independencia, suelen disfrazarla para que no sea fácil de descubrir. Determinar «~!» no es una labor sencilla ni mecánica, por lo que los indicadores que se elijan son de delicada observación.³²

Cuando la identidad de los actores coincide —por ejemplo, en una inconstitucionalidad planteada por un ente del Estado, el demandado puede ser el Congreso de la República— o cuando esto no concurre pero ambos tienen poder —empresas privadas nacionales frente al Estado—, es difícil distinguir quién tiene más capacidad de influencia en el juez. Determinar quién ocupa en cada espacio y en cada tiempo el papel de \exists AE no es tarea fácil, por lo que los indicadores que se utilicen deben tratar de ser omnicomprensivos para que abarque todas las posibilidades de injerencia en el TC.

En tal entendido, solo cabe realizar una medición inferencial o indirecta. La complejidad de la actividad analítica de la independencia judicial de un tribunal como el constitucional así lo exige. Solo cabe recurrir a ciertas inferencias asociativas (con base en términos probabilísticos, según Przeworski y Teune 1970: 94), las mismas que han de ser interpretadas a través de determinadas hipótesis descriptivas o causales. Nadie puede imaginarse que si un político quiere influir en un juez va a proporcionar a un investigador una copia filmográfica del hecho. La interferencia en la labor jurisdiccional se puede dejar sentada a través de alguna mínima irregularidad en el trámite del expediente, de un problema argumentativo en una sentencia o en un cambio de posición ya sea de un magistrado concreto o de todo el colegiado (sala o pleno) con relación a sentencias o resoluciones emitidas con anterioridad.

3.2. Uso de la técnica de casos paradigmáticos

La medición de la afectación de la independencia del TC se centra en el estudio de casos paradigmáticos, pues los jueces hablan a través del producto de su actividad jurisdiccional, pero no de todas las resoluciones emitidas, sino solo gracias a las de relevancia institucional (Shapiro 1993; Linares 2003: 161). Los procedimientos y sentencias selectas muestran qué ha estado pasando dentro de la administración de justicia a la hora de resolver un conflicto pues únicamente a través de un grupo de ellas la injerencia será visible o dejará algún tipo de huella.

Los jueces que usan su libertad de decisión están cumpliendo con su obligación democrática. En los casos difíciles, o con texto normativo vago o ambiguo, solo puede resolverse el caso a través de argumentos lógicos y axiológicos, forma de fundamentación que es importante resaltar también en casos paradigmáticos. Debería exhibirse continuidad valorativa en la resolución de casos análogos (los valores se mantendrían constantes en el tiempo);³³ si esto no se da, entonces habría dudas claras acerca de la falta de independencia del juez —en este

32 De esta forma se podrá medir lo que pasa en la mente del juez —o su manera de razonar—, cómo hacerlo con las simpatías preconcebidas, las lealtades, coerciones o injerencias impropias (Kornhauser 2002: 53).

33 Es por ello que para Linares «no deberíamos encontrar diferencias relevantes o cambios bruscos en las concepciones o decisiones de un juez en materias donde los valores en juego son los mismos. Cualquier cambio de este tipo podría ser «sospechoso» de parcialidad o dependencia» (2003: 134).

caso, de los magistrados constitucionales—. La inconstancia puede provenir de la falta de independencia o de otros factores. Por ello es necesario descubrir la causa.

El juez constitucional no deja de ser independiente en todos los casos, sino en momentos específicos, cuando las presiones fluyen. Por eso es innecesario estudiar toda la jurisprudencia emitida por un tribunal con una carga procesal tan alta (sería prácticamente imposible). En el caso peruano, por ejemplo, como el TC desde 1996 hasta la actualidad ha emitido decenas de miles de sentencias,³⁴ la cuestión para cualquier examen de independencia está en determinar, a priori, en qué casos han podido intervenir las presiones. Los fuertes ataques a la independencia judicial ocurren esporádicamente y por buenas razones. Son las expresiones típicas de un profundo conflicto al interior del sistema político acerca de qué valores y políticas públicas deben primar. «En la medida en que sobrevenga un diálogo político productivo y se alcance un consenso, tales ataques pueden servir a propósitos públicos más amplios. Durante tales periodos el judicial no deja de contar con sus aliados en la academia y en el ejercicio del derecho, a los que puede enfiar a su lado» (Peretti 2003: 102).

El sinnúmero de causas, sin embargo, no significa que siempre el TC está resolviendo casos novedosos, sino por el contrario, muchos de ellos solo implican una reiteración de la jurisprudencia ya emitida, sin desarrollo de nuevos criterios³⁵ o un análisis de cuestiones de mera procedencia o admisibilidad.³⁶ Lo realmente significativo para una investigación son aquellos casos en que algún AE haya tenido capacidad de influencia en la resolución del conflicto, por lo que el problema se traslada a definir cuáles han de ser estos casos.

La forma de determinarlos no puede hacerse de forma antojadiza sino gracias a lo que los expertos puedan determinar, los medios de comunicación hayan indagado o el investigador pueda explorar por su cuenta. Solo en un grupo determinado de ellos podrá establecerse la existencia de injerencias indebidas de agentes externos.

Al respecto, debe tomarse en cuenta que los «estudios de caso» constituyen un «método necesario y suficiente para algunas importantes tareas de investigación en las ciencias sociales», y que se defiende muy bien cuando se le compara con otros de la amplia variedad que ofrece la metodología de investigación de las ciencias sociales (Flyvbjerg 2005: 586). Por más críticas que pueda existir por su alcance (no es una muestra significativa), es adecuado la utilización de los casos paradigmáticos, pues desde otro punto de vista se plantea que la «judicatura tiene que saber diferenciar entre los casos sólidos y legítimos, y aquellos que son débiles o que esconden motivaciones políticas» (Rose-Ackerman 2007: 16), por lo que es preciso fijarnos en los primeros. Es así como se presenta complicada la realización de la traducción numérica

34 Hasta el 2010 había emitido 64,000 resoluciones (TC 2011: 181). En los últimos años ha empezado a reducir la carga del TC, pues el tribunal diseñó una estrategia para combatir la gran cantidad de causas que le llegaban, tanto emitiendo precedentes vinculantes, restringiendo los amparos laborales y pensionarios y los cumplimientos (casos Baylón —STC 0206-2005-PA/TC—, Anicama —STC 1417-2005-PA/TC— y Villanueva —STC 0168-2005-PC—), o tratando de crear una especie de certiorari a través de una reinterpretación del sentido del RAC (primero en una sentencia —Caso Lagomarcino, STC 2877-2005-PHC/TC— y luego en una modificación de su RNTC —artículo 11—, para que reinterpretar en una sentencia con calidad de precedente vinculante —STC 0987-2014PA/TC—).

35 Tomando un día al azar, la revisión de las 82 sentencias o resoluciones publicadas en la página web del día 17 de junio de 2011, (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/17062011w.html>), se observa que más de 30 fueron relativas al tema pensionario y más de 30 al tema laboral, que no hacen más que remitirse a la línea jurisprudencial establecida.

36 Según el mismo TC, por ejemplo, en el año 2010, se emitieron 4,127 decretos, 4,312 autos, 289 aclaraciones, 37 admisibilidades y 51 nulidades (2011: 133, 134).

de los resultados que se obtengan, y por más que luego utilice el método de ponderación agregada de resultados, dejando sentada la dificultad de su utilización, en vista del uso de la técnica de casos paradigmáticos y no de estadísticas genéricas.

3.3. Recolección de datos de contrastación

Los casos paradigmáticos no pueden ser el único elemento a utilizar. Estos deben ser determinados, a la vez que interpretados y complementados, por otros tipos de datos. Para ello aparece como pertinente utilizar entrevistas, encuestas y revisión de archivos periodísticos, así como informes y estudios sobre los casos seleccionados.

3.3.1. Informantes

La forma de conocer cuáles son los casos paradigmáticos es, aparte de indagar sobre las sentencias en que hay incoherencias internas, conversando con aquellos que conocen del funcionamiento del TC y lo estudian. Aba/Ceeli 1999 y Hambergren 2001 proponen las valoraciones de expertos como una forma de fijar el grado de independencia judicial.

En el caso de la justicia constitucional, un control privilegiado de la misma se encuentra en el rol crítico de la comunidad jurídica, resaltado por Nogueira Alcalá 2004: 90. El control de los excesos expresados en sentencias no es responsabilidad exclusiva del TC o del juez sino una a ser controlada por los poderes, no solamente públicos, sino también —y sobre todo— por la opinión pública (Landa Arroyo 2010).

Solo así se logra así contar con una versión acerca de las preferencias reales de los actores, difícilmente expresables de otro modo. La utilidad de este tipo de datos es alta. Para ello se puede contar con la opinión de litigantes, miembros del propio Tribunal, investigadores, miembros de otras entidades públicas, entre otros.

3.3.2. Documentos

La recolección de datos también debe ser realizada de forma documental. Es la forma que *prima facie* parece la más sencilla de realizar, en vista de que no hay muchos estudios que hayan tratado sobre la independencia judicial de los TC. Por eso, quise diversificar la fuente de datos: documentos periodísticos, informes y últimamente, lo que abundan, los blogs sobre la materia, sin contar los clásicos estudios de revistas y libros (estos últimos sirven sobre todo para ver la coherencia interna de las sentencias o resoluciones).

Cada vez cobran mayor importancia instituciones como las ONG dedicadas a la observación y control del proceso de elección de los magistrados por parte del Congreso, aunque no muestran una incidencia real (Toro Ochoa et al. 2008: 23).

De otro lado, la información brindada por los mass media juega un papel trascendental en la investigación. En esta línea, algunas opiniones, presentadas en diarios, revistas o blogs, pueden complementar los datos conseguidos gracias a los informantes.

3.3.3. Percepciones

También es preciso utilizar otro tipo de datos como son las percepciones. La técnica de encuestas se puede utilizar dependiendo del nivel de medición y de los sujetos indagados: jueces, ciudadanos, usuarios expertos o usuarios no expertos, así como de otros agentes del sistema de justicia (Linares 2003). Esta sirve para complementar datos puramente objetivos. Los actores judiciales (no solo incluye a «J», sino también a las partes, sus abogados y la comunidad jurídica) tienen una opinión sustentada de cómo funciona la institución y cada juez.

La validez de las percepciones, vale señalar, es más indirecta que el resto de datos recolectados. No resulta difícil descubrir que cualquier juez reciba valoraciones de baja confianza o impresiones negativas por parte de la población así no lo merezca (Hammergren 2001: 7). Si bien las percepciones pueden no reflejar adecuadamente la realidad, también mide la impresión externa sobre temas específicos; solo que debe ser mirada con cierta cautela.

4. Diferenciación de indicadores de las variables explicativas

Pese a que se han planteado innumerables propuestas sobre la medición de la independencia, poco se ha investigado con respecto a las conexiones causales entre las variables (Cameron 2002: 144). Incluso las «explicativas»³⁷ han sido presentadas en algunas oportunidades como indicadores de la independencia judicial, pero sería un error tomarlas así porque desvirtuarían la medida requerida, por eso, tras definir el método de medición es preciso descartar qué no debe computarse para definir el grado de independencia de un Tribunal Constitucional.

No es fácil identificar tales variables explicativas, pero a veces se las presenta como garantías para la independencia. Dichas variables no pueden ser consideradas indicadores de la independencia como muchos estudios lo proponen, sino que son variables que explican —o facilitan— la existencia de un J suficientemente fuerte para actuar ~I. Por eso, el diseño institucional, los magistrados y su elección, así como la estabilidad del mandato no requieren ser medidos para ver si un TC es independiente o no.³⁸ Se puede actuar con independencia pese a las condiciones más inconvenientes para serlo y, alternativamente, puede ser que no se actúe independientemente, a pesar de estar rodeado de condiciones favorables para la independencia.

4.1. Diseño institucional

Esta variable otorga una amplia o debilitada seguridad al juez, en el ámbito de sus atribuciones o competencias, las condiciones estructurales de su funcionamiento y su posición dentro de la institución.³⁹ Supone una «connotación fundamental de no intromisión» (Burgos Silva 2007: 7).

37 El término correcto, desde el punto de vista de la metodología de la investigación, es el de «variable independiente». Sin embargo, como esta se encuentra en relación directa con la variable dependiente «independencia judicial», es preferible llamarla «explicativa» para evitar un efecto cacofónico (y confundible en la lectura del texto).

38 Si lo que se desea medir es cómo actúa un juez, es necesario encontrar otros tipos de indicadores. La independencia solo puede ser medida en el producto del juez o tribunal, no en las condiciones que rodean su actuación.

39 Es por ello que «judicial decision-makers are supposed to be deaf to the calls of instrumental rationality... while the strategic calculus of jurisprudential success under given constraints may be compatible with the demands of impartiality...»

Los estudios han medido sus competencias estipuladas en la Constitución (*Jure Index of Judicial Independence* de Feld y Voigt 2002); las variaciones que esta ha sufrido o la ley que la desarrolla (Voigt 2000; Linares 2003); el tipo de jurisdicción establecida (Aba/Ceeli 1999; Hammergren 2001); la forma en que está regulada la separación de poderes (Blasi y Cingranelli 1995; Camp Keith 2001); o, el tipo de salvaguardias frente a influencias impropias (Aba/Ceeli 1999). Esto se ha planteado así en vista de que quien crea las normas que rige el proceso ante el TC y su organización administrativa tiene capacidad de influir en el tribunal (Smithey e Ishiyama 2000). En general, «todo puede afectar potencialmente a la independencia: un intento de reforma procesal, una simple reorganización de la oficina judicial... o una evaluación del rendimiento» (Toharia 1999: 23).

Se ha puesto mucho énfasis en lo relativo a la forma en que se brindan las condiciones para la actuación de los jueces, ligándolo al ámbito económico de la institución (sobre los recursos, Hammergren 2001), el presupuesto asignado a la institución y su relación con el presupuesto general (Aba/Ceeli 1999; Voigt 2000), la constancia de los salarios de los jueces constitucionales (Aba/Ceeli 1999), la cantidad de dinero asignado al área administrativa (Linares 2003), o a la educación y entrenamiento de los jueces y el personal de apoyo (Aba/Ceeli 1999).

Un eficiente diseño institucional debería reducir al mínimo la posibilidad de realizar cálculos estratégicos a la hora de resolver y se aminoraría así la capacidad de influencia de los «AE» sobre él. Las normas permiten la independencia pero si el operador quiere maximizarla está en él hacerlo o claudicar en nombre de intereses o ventajas individuales.

Un diseño institucional en sí mismo no es importante para la existencia de una independencia judicial, pues en algunos países los jueces son independientes sin un diseño que lo avale (Salzberger y Fenn 1999). Esto tiene sentido en vista de que ningún conjunto de normas institucionales puede superar el obstáculo de una judicatura carente de integridad personal y respeto por el argumento jurídico (Rose-Ackerman 2007: 20).

Se da por hecho que algunos países dan a su rama judicial más independencia de la que es estrictamente requerida por las restricciones formales relevantes (Stephenson 2003). Se puede considerar aleccionadora la experiencia británica, pues en esta democracia parlamentaria no hay separación de poderes y tiene una alta Corte que por lo menos de manera formal es una mera dependencia parlamentaria, «los jueces británicos son generalmente considerados como independientes; tal independencia está sustentada tanto por la ley como por las culturas políticas y legales» (Kornhauser 2002: 47). Asimismo, Cameron rechaza las protecciones estructurales como simples «barreras de arena contra un agresivo ejecutivo o legislativo» (2002: 138).

En el caso nacional, el TC peruano por su parte ha utilizado la autonomía procesal constitucional para reforzar su relevancia dentro del Estado. A partir de ella fue creando figuras propias para resolver las causas que llegan ante él, con el fin de presentarla como una especie de «sacrificio de las formas procesales», en pos de la tutela de los derechos (STC 4119-2005-PA/TC). Se valió de ella para establecer figuras, entre otras, como la del *amicus curiae*, el litisconsorte facultativo o el partícipe (STC 0020-2005-PI/TC); para darle un sentido novedoso al recurso de agravio constitucional (STC 2877-2005-PHC/TC), determinando la apelación *per saltum* (STC 0004-2009-PA/TC) y consolidando en su momento el recurso a favor del precedente (STC 4853-2004-AA/TC). Pero no solo ello, sino que incluso figuras clásicas como la del control difuso fue ampliada para permitir su utilización en la sede administrativa (STC 3741-2004-AA/TC).⁴⁰

the consequentialist calculus of personal benefit is not» (Schedler 2003: 15).

40 Recientemente se ha dado un paso atrás al respecto (*Vid.* STC 4293-2012-PA/TC).

4.2. Elección de magistrados

El nivel de los jueces es otra variable que influye en la independencia de un órgano jurisdiccional. La forma de elección de los miembros del órgano jurisdiccional deviene en trascendente por diversos motivos: qué órgano es el encargado del nombramiento,⁴¹ cómo es el procedimiento —sería relevante medir cuántas veces ha sido cambiada la conformación del pleno (Voigt 2000)—, cuánto demora, bajo qué criterios lo realiza. Ahora bien, que los jueces constitucionales deban ser elegidos por un Parlamento, con un partido dominante, no supone necesariamente que luego el juez pueda decidir los casos en función de las órdenes que reciba del Poder Legislativo (Toharia 1999). También es importante determinar qué actores participan en la elección (Smithey e Ishiyama 2000), reflexiones solo aplicables parcialmente al TC.

El examen principal apunta a estipular cómo ha sido realizado el proceso de selección, si utiliza criterios de profesionalidad —esto es, atendiendo a los méritos— o por filiación partidaria (Rose-Ackerman 2007; Hammergren 2001; Toro Ochoa et al. 2008; Blasi y Cingranelli 1995; Camp Keith 2001; Aba/Ceeli 1999; Herron y Randazzo 2003; Iure Index of Judicial Independence de Feld y Voigt 2002).⁴² Se busca la elección de jueces independientes y honestos consigo mismos y con la población para que de esta forma el tribunal pueda tener reconocimiento público. La independencia depende de la calidad moral y de las virtudes cívicas de quien opera como magistrado, más allá de quién, cómo o por cuánto tiempo se elige.⁴³

La responsabilidad política de los legisladores a la hora de escoger sus integrantes determinará un buen TC, tal como sucede en otras partes del mundo,⁴⁴ responsabilidad que en los últimos años no ha tenido el Congreso peruano. Debido a que los patrones ideológicos usualmente son aparentes en el historial de decisiones de los nominados, quienes «seleccionan a los jueces son alentados y capacitados para que encausen el rumbo futuro de las políticas judiciales» (Peretti 2003: 90). Para Stephenson (2003), la elección de un alto funcionario del Estado (como los magistrados del TC) a través de otros órganos políticos —en este caso, el Congreso— se da a través de la fórmula:

$$tE_{D,t} = V^{D,E(Xt)\alpha D} + E_{D,t,d}$$

41 Pensando en el Poder Judicial, se proponen fórmulas para mayor independencia de los jueces. En efecto, en el Derecho comunitario europeo, el Comité de los Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la independencia, la eficacia y el rol de los magistrados, está buscando la eliminación de cualquier influencia de parte del Ejecutivo en la nominación de los jueces (Recomendación R[94]12). Se indica una regla general que expresa que «La autoridad competente en materia de selección y carrera de los jueces debería ser independiente del Gobierno y de la Administración».

42 Esto deriva en medir la legitimación que tiene la persona en el cargo (*Index of Judicial Independence de Feld y Voigt 2002*).

43 No parece que haya existido una intención clara del Congreso peruano de cumplir con su responsabilidad frente al país, pues a diferencia de la comisión seleccionadora Pease —que finalmente eligió a Landa, Vergara y luego de un tiempo a Mesía—, las comisiones Pastor —designó a Beaumont, Eto, Álvarez y Calle— y La Madrid —eligió únicamente a Urviola—, al igual que la comisión Islas —que no eligió a ningún magistrado—, han dejado mucho que desear y han estado envueltas en cuestionamientos, que incluso llevó a la anulación de dos elecciones (hace un par de años se dejó sin efecto la designación de Galindo, Eguiguren, Mayorga, Sousa, Sardón y Blume, aunque los dos últimos fueron electos otra vez el año pasado).

44 Un buen ejemplo se puede encontrar en la elección de los jueces de la Corte Suprema norteamericana. No basta haber escrito un libro o ser docente, sino tomar en cuenta el verdadero sítil que tiene la persona en el mundo jurídico, político o social.

Donde X es la variable que indica la tendencia de la política pública del partido de Gobierno (si se trata el partido I, su valor tiende a 0; si se trata del partido D, su valor tiende a 1; indica el nivel de aversión al riesgo del partido; y E es la variable exógena aleatoria. Este modelo fue propuesto para cuando el Presidente propone que el Legislativo escoja. Lo importante es que en el caso peruano del TC, es un solo actor (con 130 cabezas) el que elige a los magistrados, aunque sí es una dificultad que el cargo no sea vitalicio. El planteamiento funciona bajo consideraciones o supuestos especiales, a saber: la existencia de dos postulados políticos opuestos, denominados de derecha (D) y de izquierda (I); los postulados políticos (Dol) se materializan en la existencia de dos partidos; cada uno de los partidos compite por el control de la política pública a lo largo de diferentes períodos $t \in \{0, 1, 2, \dots\}$; durante cada período el partido que detenta el poder controla la política de gobierno con una probabilidad p ; para cada período de gobierno, se valoran unas utilidades para los partidos.

4.3. Estabilidad del mandato

Esta variable está definida por dos elementos: la existencia de un periodo (in)determinado en el que el juez ejerza su función; y, la posibilidad de revocatoria de su mandato. También se presenta la correspondencia del cargo con los períodos del presidente (Toro Ochoa et al. 2008: 24).

Se analiza la estabilidad o tiempo del mandato (*Index of Judicial Independence* de Feld y Voigt 2002; Rose-Ackerman 2007; La Porta et al. 2002; Toro Ochoa et al. 2008; Linares 2003; Smithey e Ishiyama 2000). Voigt (2000) además estima que debe examinarse el tiempo efectivo de mandato, o su desviación frente al establecido en la ley.

Se propone un nuevo consenso valorativo o de políticas para obtener una aprobación amplia representada en otro conjunto de jueces ideológicamente correctos, con cargos vitalicios (Peretti 2003: 91). Sin embargo, «el hallazgo empírico definitivo de la ciencia política que debe examinarse aquí es que la independencia judicial no se garantiza por protecciones estructurales de carácter formal como el cargo vitalicio» (Peretti 2003: 97).

Aparte del plazo establecido de funcionamiento, es importante la capacidad de remover a los magistrados constitucionales (Blasi y Cingranelli 1995; Smithey e Ishiyama 2000; Linares 2003), pues una de las garantías procesales de la independencia judicial está en la capacidad de remoción por el Ejecutivo o el Legislativo (Guastini 2001: 66),⁴⁵ lo cual está en relación directa con el sistema disciplinario que se haya podido adoptar (Voigt 2000). También se plantea como parte de esta variable independiente el estatus que posee cada magistrado: un nivel que le permita ejercer el cargo con tranquilidad.⁴⁶ Todas estas condiciones sin lugar a dudas facilitan la independencia.

45 Al respecto, Cameron señala que si bien los jueces ingleses que fallan contra el Gobierno serán apoyados en menor medida que aquellos que no lo hacen, en Argentina, los «*fuertes ejecutivos han despedido magistrados de altas corte a voluntad, pese a las prohibiciones legales en contrario*» (Cameron 2002: 138, 139).

46 Quienes ejerzan el oficio de juez deben tener un nivel social acorde con el que su profesión representa. El nivel social decoroso se obtiene acorde a una remuneración adecuada. «La consecuencia ideal del anterior planteamiento es que los magistrados de la Corte Constitucional no tengan incentivos para desviar su actuación en pro de la consecución de beneficios de carácter económico que tiendan a mejorar su nivel de vida y el de su familia» (Toro Ochoa et al. 2008).

En el caso peruano, los magistrados tienen proscripción de mandato imperativo,⁴⁷ pero sus cargos no son vitalicios (duran cinco años). Se destaca el uso de las acusaciones constitucionales contra los magistrados del TC pues, si bien es una medida reconocida normativamente, puede ser vehículo de una presión indebida. Un caso ya apuntado lo explicará con más claridad.

El testeado de la conformación primigenia del Tribunal se pudo encontrar en el famoso caso de la reelección fujimorista. La Ley 26657⁴⁸ permitía una nueva postulación del ex gobernante; al Tribunal le correspondía determinar si ello era o no constitucional. Tras idas y vueltas en el debate del colegiado,⁴⁹ finalmente se decidió por declarar fundada la demanda que cuestionaba dicha ley, con tres votos a favor y cuatro abstenciones. En la STC 002-96-I/TC, S-322, de enero de 1997, Rey, Revoredo y Aguirre Roca, en una arriesgada apuesta⁵⁰ acordaron resolver la inaplicabilidad de la ley.⁵¹ Solicitada una aclaración, los magistrados firmantes, con pleno conocimiento del pleno, señalaron que no había nada que esclarecer. Por la decisión adoptada, el Congreso inició un procedimiento de acusación constitucional por infracción a la Constitución⁵² contra los tres magistrados firmantes. Superado el íter parlamentario,⁵³ tras un debate en el pleno durante 14 horas, en mayo de 1997, con 52 votos a favor, 33 en contra y una abstención, se decidió su destitución y su inhabilitación por diez años (Resoluciones Legislativas 002-97-CR, 003-97-CR y 004-97-CR).⁵⁴ Los depuestos plantearon acciones de amparo y la respuesta de parte de sus excolegas, a excepción de Nugent, importó una convalidación de la decisión congresal (Vid. STC 358-98-AA/TC; STC 340-98-AA/TC), lo que permitió llevar el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que consideró que el procedimiento parlamentario no se había realizado con imparcialidad.⁵⁵ Paralelamente, luego de asumir la

47 Según el artículo 201 de la Constitución y el artículo 15 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, los magistrados gozan de los mismos derechos y prerrogativas que los congresistas (artículo 93 de la Constitución).

48 Buscaba explicar el artículo 112 de la Norma Fundamental, a través de una «interpretación auténtica».

49 La audiencia se llevó a cabo el 20 de noviembre, votándose por la ponencia que se decantaba por la inaplicabilidad con cinco votos a favor y dos en contra. Luego de una campaña de presión contra los firmantes, ni bien iniciado el 2007, los magistrados Nugent y Díaz Valverde solicitaron una nueva votación, en la cual ellos se abstuvieron de votar por haber adelantado opinión, retirando sus firmas (no se apartaron del proceso para hacer posible la emisión de la sentencia), mientras que Acosta Sánchez y García Marcelo se reservaron la opinión. A mediados de enero, cuarenta congresistas de la mayoría parlamentaria remitieron una carta al TC solicitando se declare fundada o infundada la demanda pero no su inaplicabilidad.

50 Decisión muy discutible desde el punto de vista procesal constitucional. Entre muchos estudios sobre la materia (Vid. Bustamante Alarcón 2003; Neira 2001; Paniagua Corazao 1999).

51 Nunca iban a llegar a los seis votos necesarios, pues tres de los miembros eran leales al fujimorismo.

52 Procedimiento previsto en los artículos 99 y 100 de la Constitución y el artículo 89 del Reglamento del Congreso para altos funcionarios del Estado, entre los que se encuentran los magistrados del TC. Amplia explicación sobre su contenido en Montoya Chávez 2005.

53 En mayo de 1997, una Subcomisión Acusadora presentó una denuncia constitucional ante la Comisión Permanente, tanto por presentar una simple ponencia como si fuera sentencia como por haber emitido una resolución a nombre del TC (en el caso de la aclaración). Los magistrados acusados señalaron que la acusación era una represalia por la sentencia emitida. En mayo de 1997 además remitieron el acta del pleno en que constaba que estaban autorizados para emitir la aclaración. La Comisión Permanente se inclinó por la acusación, además de incluir al presidente Nugent por facilitar la alegada actuación ilegal.

54 El caso de Nugent regresó a la comisión investigadora. Nunca se eligió a los reemplazantes de los destituidos.

55 En la mencionada Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano versus Perú), de 31 de enero de 2001, Serie C-71, se consideró que los congresistas que participaron en la investigación no eran imparciales pues habían enviado comunicaciones al TC en 1997. Además, la Corte cuestionó la normatividad reglamentaria por prohibir a los miembros de las

presidencia del Congreso, tras la fuga de Fujimori y el cambio en las riendas parlamentarias, se sometió a debate la restitución de los destituidos, la cual fue aprobada por 57 votos a favor, 6 en contra y 5 abstenciones (Resolución Legislativa 007-2000-CR, de 17 de noviembre de 2000). Los hechos relatados muestran que una figura como la acusación constitucional puede tener un uso perjudicial si subyacen intereses subrepticios.

5. Definición de los indicadores de la variable dependiente

Definidas las variables explicativas, es preciso centrarnos en la independencia judicial del Tribunal Constitucional, en cuanto a la variable dependiente, que requiere indicadores propios. Comparto algunos criterios con los utilizados para los jueces del Poder Judicial (PJ) pero requieren algunas precisiones. Como la teoría cuando presenta diversas propuestas está pensando en los jueces del Poder Judicial, se requiere presentar un modelo propio, indispensable para que no se mida lo que no se debe medir, ni se deje de medir lo que se debe medir.⁵⁶

La medición de la independencia del TC debe tomar en cuenta sus especiales características. En vista de que «las Cortes existen propiamente dentro de un sistema de interdependencias mutuas» (Peretti 2003: 101), las irrupciones a la independencia son altamente probables, razón por lo cual debe captarse cómo es la dinámica del sistema político general. La importancia de las sentencias que emite hace que los conflictos constitucionales impacten sobremanera en la vida social, política y económica del país o que los altos intereses puestos en juego, cuando resuelven, definan su especial naturaleza. Su posicionamiento institucional urge ser medido.⁵⁷ «En muchas ocasiones nos encontramos que los conceptos complejos pueden desdoblarse en distintas dimensiones que necesitan de operacionalizaciones sucesivas para ser directamente observables» (Anduiza Perea et al. 2009: 44).

Medir \sim I no puede considerarse una tarea sencilla, por lo que habrá que hacer un trabajo de filigrana para que los resultados que se presentan a continuación no puedan ser considerados subjetivos (aunque es imposible que el investigador no juegue un papel especial), basándose en indicadores indirectos como son los que se van a utilizar. En virtud de tal necesidad, la medición a realizarse ha de tomar en cuenta las particularidades del TC, órgano colegiado, sin instancias y con un número de jueces reducido (en el caso peruano, siete).

Los conceptos y explicaciones brindadas con anterioridad han permitido que se vaya perfilando un nuevo modelo propuesto a fin de apreciar, de la mejor manera posible, la independencia del TC peruano. Por eso, se propone un examen inferencial sobre la base de cinco indicadores:

- Normalidad procesal, que mide la tutela procesal efectiva en un expediente.
- Consistencia individual, que mide la correlación de votos particulares de cada magistrado.

comisiones acusatorias participar en la votación a fin de lograr la destitución.

56 Además, no se toman en cuenta otras variables alternativas. Por ejemplo, si falla sistemáticamente a favor de un determinado AE «revocando» sentencias de un tribunal inferior que decidía en su contra (Vid. Helmke 1998).

57 Para postular los indicadores corresponde distinguir tres grupos de factores: los epistémicos (cómo el juez conoce la realidad: reglas lógicas, cognitivas y conocimientos); axiológicos (valoraciones o principios previos); y, *ad hoc* (Wroblewski 1987: 18).

- Consistencia interna, que mide la argumentación de la propia sentencia o resolución.
- Consistencia temporal, que mide la coherencia entre la sentencia o resolución con relación a la jurisprudencia emitida previamente por el TC.
- Corrección argumentativa, que mide la posible resolución de conflictos según mandatos de agentes externos.

Por más que se han encontrado estudios específicos sobre la medición de la independencia del TC (*Vid.* para el caso colombiano, Toro Ochoa *et al.* 2008), en esta investigación se considera pertinente utilizar otros tipos de indicadores, pues evaluarían de mejor manera la unidad de medición.

5.1. Normalidad procesal

Uno de los criterios para fijar $\sim I$ en un proceso es ver qué trámite ha seguido un expediente dentro de la institución judicial. Este es el indicador llamado «normalidad procesal», el cual se plantea bajo las siguientes proposiciones.⁵⁸

Cuadro N° I
Proposiciones del indicador *normalidad procesal*

Proposición general	El TC debe respetar la tutela procesal efectiva en el trámite del expediente.
Consecuencias observables (indicador de confirmación)	Los procesos constitucionales no han realizado el trámite establecido de forma regular.
Regla de inferencia	Todos los procesos que respeten las garantías de la tutela procesal efectiva es probable que hayan sido sustanciados por un juez independiente.
Indicador de refutación	En determinados casos, se observa la existencia de violaciones a estas garantías.

Elaboración propia.

Presentada como una inferencia de la dimensión positiva, Linares (2003), Camp Keith (2001) y Aba/Ceeli (1999) consideran que el estudio del proceso se puede realizar a través de la legalidad del proceso, el cumplimiento de las sentencias o la transparencia del proceso. También se ha presentado como propuesta de medición el grado de ejecución de las sentencias. Toda resolución que emite el órgano constitucional debe ser cumplida por todo operador jurídico. Pero no cumplir las sentencias, ¿realmente significa falta de independencia? Se han usado como indicadores, el número de veces que otras ramas de gobierno no actuaron para hacer efectiva una decisión judicial (Voigt 2000) o la posibilidad de que las sentencias que declaran la constitucionalidad de las normas puedan ser revocadas por otros actores (Smithey e Ishiyama 2000). La prohibición legal de revisión de decisiones por parte de otros poderes

⁵⁸ Se sigue el modelo de análisis de indicadores utilizado por Linares 2003.

del Estado ha sido un indicador inquietante, pues en el caso específico de Colombia no existe certeza que la Corte Constitucional sea en realidad la última instancia del proceso (Toro Ochoa et al. 2008).

La independencia del TC también se relaciona con la publicidad procesal: mientras mayor sujeción al control público de las sentencias, menos capacidad de intervención de AE y más fácil es el accountability, el escrutinio público de su función. Esta publicidad también se considera un indicador, tanto en términos generales (Feld y Voigt 2002), como en la asignación de casos (en el mismo *lure Index* y en *Aba/Ceeli* 1999) y en las audiencias (Blasi y Cingranelli 1995). De otro lado, también se plantea analizar la cuestión de la administración interna de la institución como una forma de control de su independencia (Hammergren 2001).⁵⁹

5.2. Consistencia individual

En un colegiado, especialmente en casos donde funcionan salas de tres miembros, el voto de solo uno de ellos puede definir el resultado deseado. Por eso, es necesario analizar la «consistencia individual» de cada uno de los jueces, bajo el siguiente esquema de proposiciones:

Cuadro N° 2
Proposiciones del indicador *consistencia individual*

Proposición general	El juez no independiente emite votos particulares a favor de sujetos que ejercen injerencia impropia.
Consecuencias observables (indicador de confirmación)	Existen casos en que el juez resuelve de una manera distinta a la usual en él.
Regla de inferencia	Los casos resueltos que registren una ruptura en el razonamiento histórico del juez demuestran que dependen de agentes externos.
Indicador de refutación	Que no haya coherencia resolutoria demuestra, en ciertas sentencias, que agentes externos han interferido en las decisiones del juez.

Elaboración propia

Ahora toca el turno de revisar el ámbito axiológico de la actitud de los jueces, es decir, los valores de los magistrados (*Aba/Ceeli* 1999). Este indicador puede ser seguido a través de los votos particulares emitidos por los jueces que actúan en un colegiado como lo es el TC, así se podrá seguir su posición a lo largo de los años y cómo han podido variarla en algún caso concreto.

⁵⁹ Se deben analizar las condiciones laborales de los jueces (*Aba/Ceeli* 1999).

Medir este tema es relevante en vista de que el juez debe decidir si mantienen constantes sus actitudes axiológicas con respecto a los hechos y las fuentes del derecho⁶⁰ (Cameron 2002: 134).⁶¹ Es de esta forma que se comparan las decisiones con las preferencias de cada juez. Especialmente cuando hay lagunas normativas, un juez que se jacte de ser independiente debe resolver de conformidad con los valores que racionalmente defiende. Es necesario observar si exhibe un patrón axiológico común para, a partir de allí, determinar si en un caso concreto se aleja de él. El voto singular o el fundamento de voto (englobado genéricamente bajo el término de «voto particular»)⁶² implica una posición axiológica específica del juez. Si este ha tenido varios casos —inclusive uno— en que un juez mantiene una posición específica y la cambia sin justificarlo, ello exterioriza que algo le ha impedido resolver de acuerdo con su perspectiva personal.⁶³

Los jueces son elegidos por sus ideas y para que las realicen (Toharia 1999). Lo que de ellos se espera no es que no tengan ideas, valores o creencias, o que los escondan, sino que los expliciten y actúen de conformidad con ellos.⁶⁴ La identificación de un específico juez con determinados valores o preferencias políticas es un predictor bastante fiable de su conducta judicial. En el *attitudinal model*, la conducta judicial está determinada por las «actitudes» axiológicas o valores políticos subyacentes (Spaeth y Segal 1993).⁶⁵ En cuanto tienen oportunidad, los jueces resuelven según sus criterios axiológicos e ideológicos.

El problema de este indicador es que es difícil que estén establecidas *ex ante* cuáles son los valores del juez y qué jerarquía tienen los mismos para resolver este caso; no es sencillo que un juez lo haga público. Sin embargo, los votos particulares hacen explícito el valor axiológico de los jueces que lo emiten.

60 El propio TC ha explicado cuáles son estas fuentes en el ordenamiento peruano (Vid. STC 0047-2004-AI/TC).

61 Debería observarse también la relevancia del caso que se está resolviendo. Por ejemplo, casos en que se resuelve en contra del Gobierno, sobre todo en inconstitucionalidad de decretos (Helmke, 1998),

62 En los casos se presentan dos tipos de votos particulares: (i) los disidentes o discrepantes, que en la jurisprudencia peruana son conocidos como «votos singulares», referidos a cuando el magistrado no está de acuerdo con el *decisum* del colegiado; y, (ii) los concurrentes, que en el país se llaman «fundamentos de voto», relacionados con una discrepancia con la argumentación (todos o parte de los fundamentos de la sentencia o la resolución) pero no con el fallo.

63 Dentro del marco institucional establecido, existen un conjunto de premios y castigos que pueden, de algún modo, interferir sobre el juez. Este hace cálculos estratégicos, por ejemplo, según la duración del mandato («¿qué haré después?»). Sin embargo, estos cálculos pueden disminuir: «*the judge is expected to purposefully ignore the personal benefits he/she may reap as a result of his/her decision, or the damages she may suffer, be it in terms of income, career prospects, prestige, or physical integrity*» (Schedler 2003: 15).

64 De acuerdo con el positivismo legal del siglo XIX, a una decisión judicial se llegaba a través de un silogismo: una premisa mayor (norma general), una premisa menor (la constatación de un hecho) y una consecuencia (la sentencia). Esta es la visión francesa del papel del juez en los sistemas jurídicos romano-canónicos (para Montesquieu, «*les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi*»). Los jueces no podían tener ideología o esta no podía trasladarse. Sin embargo, incluso los jueces más conservadores (legalistas) se ven influenciados por sus creencias y deciden entre varias posibilidades —incluso sobre las políticas públicas del Gobierno— y debe aplicar el test de proporcionalidad, ponderando los valores en juego.

65 Según este modelo, «*holds that judges decide disputes in light of the facts of the case vis-a-vis their sincere ideological attitudes and values*» (Segal 1997: 28).

5.3. Consistencia interna

Ahora se busca analizar si el producto de los agentes judiciales es coherente con la argumentación que la sentencia misma encierra, según las fuentes jurídicas que posee para resolver. Una sentencia puede demostrar que la fundamentación exhibida no puede llevar a una conclusión como a la que arriba. Esto es lo que se denomina una afectación a la «consistencia interna».

Cuadro N° 3
Proposiciones del indicador *consistencia interna*

Proposición general	El colegiado debe ser coherente en la argumentación de la sentencia o resolución emitida por haber una influencia externa por influencias externas.
Consecuencias observables (indicador de confirmación)	En las sentencias o resoluciones el TC no coincide la parte argumentativa con el fallo.
Regla de inferencia	Esta falta de coherencia se justifica por la interferencia de agentes externos.
Indicador de refutación	Que el fallo de una sentencia o resolución no se condice con la fundamentación es una muestra de interferencia

Elaboración propia

En la actualidad, el juez posee capacidad interpretativa y aplica la regla decisoria bajo libertad de argumentación. Es un razonamiento lógicamente encadenado «precedido de un sinnúmero de decisiones parciales relativamente libres» (Linares 2003: 125). Debe mostrar una interpretación coherente cuando resuelve un caso. Se mide la sentencia con las fuentes del derecho. De lo observado en el gráfico I, R no es un mecanismo causal directo, sino más bien un dato con diversas posibilidades de decisión. Sobre la base de lo planteado por Schedler (modelo cognitivo idealizado), es posible plantear un análisis centrado en las decisiones. Para ello habla Ferejohn del concepto de «independencia resolutoria»: ser «libres de decidir el caso antes (que ellos), y sin miedo o expectación ante castigos o recompensas (ilegítimas)», lo cual se diferencia de la independencia institucional, referida al sometimiento al Presidente y al Congreso gracias a la jurisdicción, reglas y ejecución de órdenes judiciales (1999: 355).

Este indicador no debería ser tan fácil contrastarlo con casos. Rara vez puede ser tan burdo un tribunal para que al haber intereses de por medio justifique inadecuadamente su sentencia o resolución. No obstante ello, pueden encontrarse casos paradigmáticos cuya argumentación es discutible.

Es aconsejable utilizar este indicador en casos donde la capacidad decisoria del juez no tiene muchas opciones. Aun cuando el significado de la ley interpretada es vago o ambiguo.

Caso a caso el investigador debe fijarse en las características que presenta la sentencia o la resolución analizada. Tanto para este indicador como para los siguientes, se requiere de un investigador que conozca suficientemente bien el derecho —en el caso del TC, el Derecho Constitucional—, y aunque incorpore un sesgo subjetivo en su evaluación, este debe tratar de eliminarse (Linares 2003: 131). Existe otro problema (el de la «validez» de las inferencias), también aplicable a los dos indicadores que aún faltan explicar. Una sentencia mal sustentada puede significar dos cosas: que el juez no es independiente y que, al mismo tiempo desconozca las normas. Para prevenir este riesgo es mejor un cotejo entre indicadores (Schedler 2003: 11).

5.4. Consistencia temporal

Ahora corresponde medir cómo se ha estructurado la sentencia, no con relación a la coherencia en sí misma, sino con la jurisprudencia que previamente ha emitido el propio TC. Por eso se ha planteado indicadores como la forma en que se deben dar las decisiones finales (Camp Keith 2001) y cómo debe plantear la existencia de un regla obligatoria de precedente (La Porta et al. 2002). El indicador es presentado como «consistencia temporal».

Cuadro N° 4
Proposiciones del indicador *consistencia temporal*

Proposición general	El TC debe respetar la jurisprudencia obligatoria previa, salvo que argumente por qué se aparta de ella.
Consecuencias observables (indicador de confirmación)	Existen casos en que las salas o el pleno ha resuelto sin tomar en cuenta sus precedentes u otras sentencias de obligatorio cumplimiento.
Regla de inferencia	Que no se hayan observado estas sentencias significa la falta de independencia del colegiado.
Indicador de refutación	En ciertas sentencias, el no respeto de fallos anteriores demuestra que el TC ha sido influido por agentes externos.

Elaboración propia.

Se exigía que los jueces individualmente sean coherentes con los votos particulares que hubiesen emitido. Ahora es necesario que esta imperativo se traslade al colegiado como tal. Así como son importantes las normas en el ordenamiento peruano, básicamente de origen civil-romano, cada vez cobra más fuerza la existencia del precedente,⁶⁶ propia del *common law*, o

⁶⁶ Como se dejó sentado *supra*, en el Código Procesa Constitucional, regula el precedente vinculante (artículo VII del Título Preliminar). Según este, el TC debe explicar qué parte de su sentencia constituye precedente y, en consecuencia, cuenta con efecto normativo. El artículo previo (el VI del Título Preliminar) prevé la existencia de otra forma de *stare decisis*: la jurisprudencia constitucional vinculante. También causa vinculación en el TC, las

más aún se fortalece la vinculación intrínseca a los procesos de control abstracto, pues el *stare decisis* solo se aplica a casos en principio *inter partes* (amparo, hábeas data, hábeas corpus y cumplimiento) para que tengan una eficacia *erga omnes*.⁶⁷

Este indicador busca analizar cómo ha resuelto el TC con relación a casos similares antes analizados por el mismo órgano, esto es el propio precedente. La vinculación a su pasado da seguridad jurídica al justiciable. De otro lado, es válido que el TC cambie de posición, y aquí la pregunta ya es otra: ¿por qué cambiar su posición y cómo fundamentar el cambio?

Una decisión, por lo visto, no es un acto genuino del juez, sino que ha de ser coherente en las sentencias que con anterioridad haya emitido («jurisprudencia dogmática»). Se presume que un juez independiente conoce su propia jurisprudencia (autoprecedente) para resolver el conflicto que se le presente,⁶⁸ y si no la sigue o no justifica su apartamiento existiría un indicio de que ha resuelto según designios de un AE.

Lo que sí debe saber distinguir el investigador es cuándo los magistrados constitucionales han resuelto en contra de la jurisprudencia, pero no por influencias externas sino por desconocimiento de su jurisprudencia. Incluso, en el caso de justificar un cambio de línea jurisprudencial —lo cual está plenamente admitido—, el argumento que utilice debe ser lo suficientemente sólido como para demostrar que no ha sido un caso *ad hoc* el que motiva dicha modificación en la lógica de sus sentencias.

5.5. Corrección argumentativa

Falta aún cubrir un aspecto a medir. Es el caso en el que la resolución de un conflicto involucra varias interpretaciones posibles, todas admisibles desde el punto de vista jurídico, pero que la influencia externa permite que el juez resuelva siguiendo la hermenéutica indicada por el AE. Esto ha sido llamado «corrección argumentativa».

Cuadro N° 5. Proposiciones del indicador *corrección argumentativa*

Proposición general	El TC no debe dejarse influir a la hora de resolver un conflicto constitucional.
Consecuencias observables (indicador de confirmación)	Por ser una sentencia dentro de los parámetros interpretativos permitidos, se ha dejado observar la influencia de agentes externos.

sentencias de los procesos de control abstracto (competencial e inconstitucionalidad).

67 Estas sentencias equivalen a la denominación de lo que es una decisión dictada por un tribunal y que ha de ser mantenida en casos similares o análogos que se resuelvan en el futuro, es decir, *to treat like cases alike* (Montoya Chávez 2007).

68 Debido a su adherencia a las normas textuales y de precedente, los jueces independientes dan durabilidad a los privilegios establecidos en normas legales a los grupos de interés (Landes y Posner 1976: 875-901).

Regla de inferencia	La existencia de casos en que los que el juez se inclina por una determinada interpretación define una injerencia indebida.
Indicador de refutación	Los agentes externos han influido en el razonamiento de los magistrados en ciertos casos.

Elaboración propia.

¿Cómo se hace con resoluciones bien fundamentadas que se sustentan en intereses distintos al que corresponderían? Un juez inteligente, pero no independiente, trataría de no hacer una sentencia burda, sino una que tenga una cierta forma de consistencia jurídica (Schedler 2000: 395). En este tipo de resoluciones es más difícil realizar inferencias. Si el juez argumenta correctamente, en principio, la sentencia no podría ser objetada,⁶⁹ razón que motiva dejar de lado el producto que evacúa para centrarse en las motivaciones que le llevaron a decidir de tal o cual manera. Ni el procedimiento ni un voto singular, menos aún la argumentación de la sentencia, va a dejar rastros de una injerencia indebida.

Dentro del modelo de actitud, al cual se hizo referencia, «los jueces —particularmente los de Cortes de apelación— ven los casos principalmente como asuntos ampliamente políticos y socioeconómicos y... generalmente responden a estos asuntos de acuerdo con sus valores y actitudes personales» (Neubauer 1997: 410). En el TC, los magistrados tienen un amplio margen de decisión, considerablemente mayor al de los jueces del Poder Judicial, tomando en cuenta que debe interpretar un documento intrínsecamente abierto como es la Constitución.⁷⁰ En general, los jueces que siguen sus preferencias ideológicas contribuyen con la realización de una variedad de objetivos legítimos y democráticos (Peretti 2003: 90), lo cual expresan en sentencias independientes.

De todos los indicadores presentados, sin lugar a dudas este es el de más difícil valoración. Si bien he presentado algunos reparos a los cuatro anteriores, por su carácter de medición indirecta, en este son mayores pues no hay una contrastación objetiva de la falta de independencia de los magistrados. Tanto el trámite del expediente como el producto o resultado de su labor (sentencia o resolución) daban señales sobre la falta de independencia, pero en este no hay observación válida. La única razón para sostener en que hay injerencia es

69 Si una norma jurídica es de textura abierta, no siempre es posible encontrar un conjunto de reglas claras, específicas, congruentes, completas y conocidas (Schedler 2000: 392). El tema ha sido desarrollado en diversas teorías: la de la colisión de principios (Dworkin), la de la ponderación jurídica (Alexy) o la de la discreción (Hart). Un juez dependiente tiende a resolver los casos a favor de los sujetos que ejercen injerencias impropias, interpretando el caso a favor suyo.

70 ¿El derecho en este esquema simplemente justifica el activismo judicial? La norma permite ser interpretada, la misma que se realiza siguiendo determinadas preferencias. La realidad parece estar más bien entre medios de esos dos extremos: el legalismo rígido frente al activismo discrecional. Ni el juez es un títere de la ley ni es un manipulador fuera de control —a veces, sin embargo, prima un extremo sobre el otro—. Todo deriva a la fuerza del argumento (Perelman 1997: 96). La interpretación no puede ser tan absurda que haga inferir falta de independencia.

que de las varias posibilidades interpretativas con que cuentan, ha utilizado una por intereses subrepticios, no por convicción. Aun así, como todos los indicadores indirectos que se están utilizando, deberá tomarse con cautela los resultados que puedan obtenerse del análisis que se realice. Por eso se requiere formas más sofisticadas que las previstas en los demás indicadores para comprobar la existencia de una injerencia indebida en la corrección argumentativa.

En conclusión, al cruzar los resultados de los diversos indicadores, es posible disminuir el riesgo de evaluar equivocadamente un caso. Así, si a la decisión tomada sobre la base de una «textura abierta de la ley» se la cruza, por ejemplo, con el criterio de la coherencia histórica o la correlación del voto del magistrado, puede descubrirse que la inclinación de este en el caso concreto es sospechosa.

6. Interpretación de resultados del análisis de los indicadores

Los indicadores explicados sirven para determinar la existencia o no de independencia en un ente jurisdiccional como el TC, pero deben ser examinados de acuerdo con la «información contextual» sobre cada caso en el que se aplique (Burbank 2002: 9, ss.), lo cual define lo que se ha denominado la medición inferencial. De nada sirve estudiar la independencia del TC si no se concluye en una medición lo más correcta posible.

6.1. Agregación ponderada de valores cuantitativos

En primer lugar, se plantea analizar los datos recogidos, transformándolos en clave numérica, lo cual es una tarea delicada para casos paradigmáticos, pero no insostenible, tal como se pasa a explicar. Se decide utilizar para ello el modelo de agregación ponderada.

Existen diversas propuestas para medir el grado de independencia judicial de forma cuantitativa. Lo que se busca, a fin de disminuir la influencia de estimaciones subjetivas a la hora de presentar los datos, es asignar valores a los indicadores materia de análisis. La proposición que me pareció atrayente es la expresada por Burgos Silva 2007:

$$I=1-\sum_{i=1}^n (P_i V_i)$$

Donde se parte de un nivel ideal de independencia, que es al que se busca llegar, determinado en la unidad ($I=1$), luego se le resta la suma (\sum) de todas (n) de los indicadores que deben tomarse en cuenta (V_i , que es igual a $V_1+V_2+\dots+V_n$), los mismos que también tienen un valor asignado dentro de la unidad ($V_i \in [0, 1]$), y que han de ser ponderados según su nivel de influencia en la independencia ($P_1V_1+P_2V_2+\dots+P_nV_n$).

A partir de una propuesta como esta, es necesario no solo asignar un valor específico a cada uno de los indicadores formulados, sino que cada uno de ellos tenga un peso específico. Es así como, asumiendo las características explicadas y las bondades de cada indicador sobre la medición de la independencia judicial, puede plantearse un esquema como el siguiente:

Cuadro N° 6
Indicadores con peso y ponderación

Normalidad procesal	0,1	2
Consistencia individual	0,1	1,5
Consistencia interna	0,1	3
Consistencia temporal	0,1	2,5
Corrección argumentativa	0,1	1

Elaboración propia.

La explicación del por qué establecer dichos pesos relativos a cada uno de los indicadores se encuentra en lo siguiente:

- El valor tan bajo asignado a la corrección argumentativa se debe a que esta no tiene ningún tipo de base material para contrastar los datos expresados por los entrevistados o por los medios de comunicación, a diferencia de los otros cuatro indicadores. Pero es la forma más idónea para medir la afectación a la independencia de jueces, aunque cada vez los magistrados son menos groseros para demostrar una influencia externa.
- Sobre la consistencia individual decía supra que normalmente los magistrados esconden sus posiciones axiológicas a través de los votos del colegiado, antes que expresarlo en un voto particular. No obstante, existen casos en que las demuestran a través de fundamentos de voto y votos singulares. Ahora bien, lo más común es que se trasluzca la injerencia que se ejerce sobre J en votos escondidos en la decisión del pleno o de la sala y es ahí donde el voto del juez es determinante para formar la sentencia o resolución.
- Más traslúcido empieza a aparecer el indicador de la normalidad procesal. Los vicios del proceso, en donde la parte activa haya sido un magistrado, son adecuados para medir la influencia de \exists AE en la decisión del TC.
- La consistencia temporal (revisión del cambio de la línea jurisprudencial de un tribunal) puede ser una pista importante sobre cómo las injerencias indebidas pesan a la hora de resolver un conflicto de índole constitucional, alejándose de los precedentes emitidos o de lo señalado en sentencias de carácter abstracto con efectos *erga omnes*.
- Los errores en la argumentación en una sentencia o resolución (consistencia interna) es, sin pensarlo mucho, el mejor indicador de la falta de independencia de un tribunal. A través de sí, se logra expresar con relativa claridad cómo se trastoca el uso de las fuentes del derecho a fin de conseguir un resultado que conviene específicamente a un AE.

Según lo expresado, queda claro que no tiene sentido alegar que todos los indicadores tengan el mismo peso a la hora de analizar el grado de independencia judicial de un tribunal. Por eso, cada valor asignado al indicador debe ser multiplicado por el peso ponderado que este posee en la medición de la independencia.

En conclusión, por más atractivos que puedan resultar las valoraciones realizadas por tratar de dar una estimación numérica, esta siempre peca de ser algo subjetiva. Tratar de dar un valor numérico ha terminado siendo una cierta arbitrariedad de mi parte,⁷¹ porque la transformación en cifras de los resultados obtenidos en los casos paradigmáticos no es tarea sencilla. Se apela a la mayor objetividad posible para asignar valores a cada indicador.

6.2. Impacto combinado de valores cualitativos

Frente a estas interpretaciones numéricas, se ha propuesto una apreciación individual de los valores de los indicadores cotejados entre sí (Linares 2003: 121).⁷² Se asume que no solo existe un *quantum*, sino también una calidad de independencia que puede ser observada. Bajo esta lógica, habiendo analizado diversos casos en que la independencia del tribunal no se condecía con lo que se espera de una institución como la estudiada, es pertinente analizar los resultados obtenidos a partir de los tres elementos que se identificaron como parte del concepto «independencia judicial».

6.2.1. Análisis de «J» (jueces)

Se señaló al inicio de la presente investigación que el examen de la independencia no puede realizarse a través de un colegiado indisoluble sino por el contrario a través de jueces.⁷³

De los casos que se analicen, se pueden encontrar distintos niveles de actuación de los magistrados. Pueden existir hasta cuatro grupos de J.

- Jueces con alto nivel de independencia
- Jueces con mediano nivel de independencia
- Jueces con bajo nivel de independencia
- Jueces con muy bajo nivel de independencia

Puede colegirse distinto nivel de independencia en la intervención de los magistrados en los casos materia de examen. La independencia tiene mucho con quién está en el cargo. Su idoneidad, su conducta intachable, su personalidad o su capacidad son elementos a tomar en cuenta a la hora de elegir a un magistrado. Pero si todo sucede como lo conté líneas arriba, con componendas y repartijas, es muy difícil que haya jueces independientes y probos. Sin embargo, la votación conjunta de muchos de ellos ha servido para cuestionar el funcionamiento de la institución como tal.

71 La tasación efectuada por el investigador debe tratar de acercarse a la precisión objetiva. Por más que la utilización de este método haya derivado en resultados sugerentes, los resultados deben tomarse sin otorgarle un carácter absoluto.

72 Sobre el papel que estos cumplen en la judicatura (*Vid.* Nieto 2010).

73 Exactamente señala que «el estudio de la independencia en un país requiere un conocimiento cualitativo de los actores políticos y las materias de relevancia sobre las que se ejerce el poder».

6.2.2. Análisis de « \exists AE» (cualquier agente externo)

Definida la actuación de los magistrados, corresponde analizar los agentes externos a partir de los datos ofrecidos por los indicadores. Los AE pueden ser poderes formales (poderes del Estado y órganos constitucionalmente reconocidos), y los fácticos (medios de comunicación social, grupos de poder económicos, las ONG, las partes o el público en general). También se ha señalado que puede existir interferencia interna.

Una sola atingencia respecto de las relaciones del TC con el gobierno.⁷⁴ Nadie duda que el TC sea un ente central para la gobernabilidad de un país, por lo que puede colaborar con —o impulsar a— el Ejecutivo en la implementación de políticas públicas, por ejemplo.⁷⁵ Pero ello no puede significar una sumisión a los intereses de quien esté en el poder. La razón de ser una alta corte está en controlar los excesos especialmente de quienes están en el cúspide del poder político; en cierta forma esta es la esencia del TC, pues el carácter político de un acto «no excluye un conocimiento jurídico del mismo, ni el resultado político de dicho conocimiento le despoja de su carácter jurídico» (Bachof 1985: 61).

En jurisprudencia comparada se observa la sentencia de la Corte Suprema estadounidense, Caso Guantánamo (*Hamdi et al. versus Rumsfeld, Secretary of Defense et al., 03-6696; Rumsfeld, Secretary of Defense versus Padilla et al., 03-1027; Rasul et al. versus Bush, President of the United States et al., 03-334 y 03-343, del 2004*), que rechazó la afirmación del Gobierno de Bush de que el Presidente está facultado para encarcelar a las personas que él acuse de tener conexiones terroristas, sin tener acceso a abogados o al mundo exterior y sin ninguna posibilidad de que la situación sea sujeta a un examen significativo por los tribunales o por otras entidades judiciales.⁷⁶

6.2.3. Análisis de « \sim I» (no inferencia)

A diferencia de la medición numérica de los indicadores, ahora cabe extraerse conclusiones más reflexionadas y sobre la base de criterios cualitativos, analizando a todos los indicadores en su conjunto,⁷⁷ en vista que su validez se pondría en entredicho si es que se observan por separado. Por ende, «no debemos alarmarnos por basar nuestras inferencias en semejantes hipótesis si estas se derivan de un cuerpo de conocimientos teóricos sistemático y organizado lógicamente; sin embargo, debemos ser precavidos a la hora de exponer los resultados de

74 Esto parece ocurrir en diversos países del mundo. Por ejemplo, se ha estudiado el comportamiento de los políticos japoneses para manipular a jueces de su país, a través de incentivos (Ramseyer y Rasmusen 2003).

75 El caso de las relaciones con el Poder Ejecutivo es especial. El TC ha sido claro al respecto: se debe proscribir la arbitrariedad desde los poderes públicos, especialmente desde el ámbito ejecutivo (STC 0090-2004-AA/TC). El TC debe saber hasta dónde llegar, y parece que en muchas oportunidades no sabe distinguir las fronteras de su actuación, entrometiéndose en actividades que corresponden exclusivamente al gobierno, y no al ámbito jurisdiccional. Un caso de extralimitación se podría encontrar en la dación de la STC 2945-2003-AA/TC, referido a una ampliación de la política en materia de salud, específicamente en la entrega de retrovirales en hospitales públicos.

76 Interesante análisis de este caso, en Dworkin 2004.

77 Se propone también un diseño de un método de medición de la independencia judicial que comprenda elementos objetivos y otros no tan subjetivos que permitan hacer una valoración tendiente a reconocer la realidad del estado de cosas, a través de una escala de valores, empleando conceptos propios de la matemática (Toro Ochoa et al. 2008: 9).

nuestras investigaciones: nunca podremos afirmar tajantemente a partir de este tipo de inferencias de probabilidad» (Linares 2003: 154).

El estudio de la independencia judicial del TC, ergo, requerirá una estrategia de análisis de los indicadores establecidos de forma vinculada: el «impacto combinado» (Camp Keith 2001). Únicamente una adecuada conjunción entre ellos podrá demostrar el verdadero grado de independencia que existe en la realidad, tanto desde el punto de vista cualitativo como cuantitativo. Así como se tratará de explicar la actuación precisa de ciertos magistrados, el resultado se basará en el colegiado en sí.

De otro lado, un correcto análisis debe incluir tanto un examen institucional, formal o de *iure* como uno de prácticas, informal o de facto. La existencia de garantías institucionales no significa que necesariamente no haya prácticas informales que mellan la independencia judicial (Feld y Voigt 2002): las normas pueden ser ignoradas, violadas o manipuladas. En otros lados, por su parte, existe gran independencia sin grandes condiciones institucionales (Salzberger 1993). Entendiendo la independencia como proceso, se considera que esta debe analizarse desde factores institucionales y desde la dinámica de los actores, quienes buscan una aplicación e interpretación de la norma favorable a sus intereses (Burgos Silva 2007: 10-15), lo cual ha podido observarse en los casos paradigmáticos materia de análisis

7. Conclusiones

El Tribunal Constitucional debe resolver las controversias, asumiendo su carácter político y jurídico, sobre un marco interpretativo estrictamente normativo, procurando resolver cuestiones sociales y asuntos públicos, que subyacen el sentido de la propia Constitución. El juez constitucional debe tener cualidades y condiciones tendentes a la realización de su trabajo con total independencia. Solo en tanto se tomen en cuenta estos criterios y se mantengan durante el ejercicio de su función, el colegiado podrá resolver libremente cualquier caso que se le presente. El juez debe actuar lejos de cualquier apasionamiento personal y bajo criterios racionales y objetivos, como es el respeto a las normas constitucionales.

Definir la independencia judicial tiene algunos problemas conceptuales por lo que era pertinente aprovechar sus tres elementos (sujeto juez, agentes externos y no interferencia) para señalar que esta independencia implica que cualquiera de los actores externos se encuentra impedido de interferir en la actividad resolutive del juez. Su importancia adquiere un nivel superior cuando se aplica a un órgano como el TC, cuya función principal es ejercer el control del exceso del poder a través del control del respeto a la Constitución, norma jurídica suprema. Es necesario robustecer la democracia y el buen gobierno en el país con instituciones que actúen como lo indica su mandato constitucional y su posicionamiento en la organización del poder en el Estado.

Es así como debe llegar a demostrarse que si bien los jueces constitucionales han debido resolver con independencia las causas que han llegado a sus despachos, el pleno o las salas no actuaron de manera lejana a las injerencias externas, sobre la base de los indicadores presentados.⁷⁸ Al respecto se ha dicho que «*the strong variation in judicial independence found in my cases over short intervals show how sensitive constitutional courts have been to changes in their political and institutional environment*» (Dargent 2009: 277).

78 A la misma conclusión llega a propósito de su experiencia como magistrado, Landa Arroyo 2010b.

De todas estas aplicaciones corresponde determinar si un TC ha abandonado o no su función primordial, que es el control del poder. Utilizar el modelo de casos paradigmáticos sin lugar a dudas sirve para que con datos cualitativos y cuantitativos pueda estar pendiente de la situación en la que se encuentra un TC en materia de independencia. Muchas denuncias se pueden leer al respecto, pero mezclarlas con lo señalado por informantes, en clave de indicadores, puede permitir apreciar estructuradamente lo que vive la justicia constitucional de un país.

8. Bibliografía

AMERICAN BAR ASSOCIATION / CENTRAL EUROPEAN AND EURASIAN LAW INSTITUTE - ABA/CEELI

1999 «Judicial Independence: a Concept Paper». Página web de ABA. Washington D.C. Consulta: 20 de junio de 2011.
http://www.abanet.org/ceeli/publications/conceptpapers/judicialindepd/judicial_independence_concept_paper.pdf

ANDRÉS, Perfecto y Cesáreo MOVILLA

1986 *El Poder Judicial*. Madrid: Tecnos.

ANDUIZA, Eva et al.

2009 *Metodología de la ciencia política*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.

ANSOLABEHERE, Karina

2005 «Jueces, política y derecho. Particularidades y alcances de la politización de la justicia». *Isonomía*. México, DF, volumen 22, pp. 39-64.

BACHOF, Otto

1985 *Jueces y Constitución*. Madrid: Cívitas.

BIDART, Germán

1998 «Justicia constitucional y reforma del Poder Judicial. La justicia constitucional a finales del siglo XX». *Revista del Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional*. Año VII, número 6.

BINDER, Alberto

2001 *Introducción al libro Imagen de la justicia: independencia y asociacionismo en el sector judicial nicaragüense*. Managua: Imprenta UCA.

BLASI, Gerard J. y David L. CINGRANELLI

1996 «Do Constitutions and Institutions Help Protect Human Rights?» En Cingranelli, David L. (editor). *Human Rights and Developing Countries*. Greenwich: JAI.

BREYER, Stephen

2007 «Judicial Independence». *The Georgetown Law Journal*. Georgetown, volumen 95.

BURBANK, Stephen B.

2002 «Introduction». En: Burbank, Stephen B. y Barry Friedman (editores). *Judicial Independence at the Crossroads. An interdisciplinary Approach*. Londres: Sage.

BURGOS, Germán

2007 *Independencia Judicial: conceptualización y medición*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.

BUNGE, Mario

1983 *La investigación científica*. Barcelona: Ariel.

BUSTAMANTE, Reynaldo

2003 «El Caso del Tribunal Constitucional, a propósito de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». *Pensamiento Constitucional*. Lima, año XI, número 9, pp.291-337.

CALAMANDREI, Guido

1962 *Corte constitucional y autoridad judicial. Estudios sobre el Proceso Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, tomo III.

CAMERON, Charles

2002 «How Can You Tell It When You See It? And, Who Cares?». En: Burbank, Stephen B. y Barry Friedman (editores), *Judicial Independence at the Crossroads. An interdisciplinary Approach*. Londres: Sage.

CAPPELETTI, Mauro

1988 *La responsabilidad de los jueces*. La Plata: JUS - Fundación para la Investigación de las Ciencias Jurídicas.

CON NUESTRO PERÚ

2010 «Cómo el gobierno aprista perpetra el atropello contra RBC». Lima, 25 de agosto. http://173.199.130.95/index.php?option=com_content&view=article&id=12478:como-el-gobierno-aprista-perpetra-el-atropello-contrarbc&catid=31&Itemid=49

DARGENT, Eduardo

2009 «Determinants of Judicial Independence: Lessons from Three “Cases” of Constitutional Courts in Peru (1982–2007)». *Journal of Latin American Studies*, Volumen 41, número 2, pp. 251-278

DE OTTO, Ignacio

1989 *Estudios sobre el Poder Judicial*. Madrid: Ministerio de Justicia.

DIARIO CORREO

2009 «Belmont pierde el Canal 11». Lima, 12 de noviembre.

DIARIO GESTIÓN

2010a «TC coordinará con el MEF para que fallos no afecten economía». Lima, 30 de marzo.
<http://gestion.pe/noticia/454180/tc-coordinara-mef-evitar-que-fallos-afecten-economia>

2010b «Confirma el Apra que pedirá delimitar las funciones del TC». Lima, 20 de marzo.
<http://gestion.pe/noticia/453337/confirma-apra-que-pedira-delimitar-funciones-tc>

2010c «Ejecutivo insiste: presentará proyecto para fijar competencias del TC». Lima, 23 de marzo.
<http://gestion.pe/noticia/450983/ejecutivo-insiste-presentara-proyecto-fijar-competencias-tc>

2010d «Marcha atrás: El Ejecutivo no presentará proyecto contra el TC». Lima, 25 de marzo.
<http://gestion.pe/noticia/452011/marcha-atras-ejecutivo-no-presentara-proyecto-contra-tc>

2010e «El TC niega intereses en fallo sobre arancel al cemento». Lima, abril.
<http://gestion.pe/noticia/450549/tc-niega-intereses-fallo-sobre-arancel-al-cemento>

2010f «El TC pedirá a la Corte IDH precisar sus competencias». Lima, 12 de abril.
<http://gestion.pe/noticia/460346/tc-pedira-corte-idh-precisar-sus-competencias>

DIARIO LA PRIMERA

2009a «Waisman denuncia a miembro del TC». Lima, 17 de diciembre.
http://www.diariolaprimeraperu.com/online/politica/waisman-denuncia-a-miembro-del-tc_52749.html

2009b «Mesía sigue militando en el Apra». Lima, 30 de noviembre.
<http://www.diariolaprimeraperu.com/online/noticia.php?IDnoticia=51541>

DIARIO PERÚ 21

2010a «Sentencia crea inseguridad jurídica». Lima, 25 de marzo.
<http://peru21.pe/noticia/451421/tcaclara-su-criticado-fallo-pide-al-ejecutivovoltear-pagina>

2010b «Ahora el TC plantea bajar gradualmente los aranceles». Lima, 16 de marzo.
<http://peru21.pe/noticia/447612/ahora-tc-plantea-bajar-gradualmente-aranceles>

2010c «Piden que se ponga freno al TC en materia económica». Lima, 15 de marzo.
<http://peru21.pe/noticia/447183/piden-poner-freno-al-tc-materia-economica>

- 2010d «El Tribunal Constitucional insiste en que puede tratar política económica». Lima, 19 de marzo. <http://peru21.pe/noticia/449051/tribunal-constitucional-insiste-que-puede-tratar-politica-economica>
- 2010e «SNI: arancel al cemento podría reducirse en negociaciones de TLC con México». Lima, 14 de marzo. <<http://peru21.pe/noticia/446899/sin-arancel-al-cemento-podria-reducirse-negociaciones-tlc-mexico>>
- 2010f «TC “aclara” su criticado fallo y pidió al Poder Ejecutivo “voltear la página”». Lima, 24 de marzo.
- 2010g «García: TC invade fueros presidenciales con su fallo arancelario». Lima, 21 de marzo. <http://peru21.pe/noticia/450060/garcia-tc-invade-facultades-presidenciales-fallo-arancelario>

DÍEZ PICAZO, Luis María

- 1992 «Notas sobre derecho comparado sobre la independencia judicial». *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 12, número 34, pp. 19-39.

DWORKIN, Ronald

- 2004 «What the Court Really Said». *The New York Review of Books*. New York, volumen 51, número 13.

EPSTEIN, Lee et al.

- 2000 «The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government». Paper, *Annual Meeting of the American Political Science Association*. Washington.

FAVOREU, Louis

- 1994 *Los tribunales constitucionales*. Barcelona: Ariel.

FELD, Lars P. y Stefan VOIGT

- 2003 «Economic Growth and Judicial Independence: Cross Country Evidence Using a New Set of Indicators». *European Journal of Political Economy*. Volumen 19, número 3, pp. 197-211.

FEREJOHN, John

- 1999 «Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence». *Southern California Law Review*. California, volumen 72.

FERRAJOLI, Luigi

- 2002 *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Tercera edición. Madrid: Trotta.

FINN, John E.

2001 «The Civic Constitution: Some Preliminaries». En: Sotirios A. Barber y Robert P. George (editores), *Constitutional Politics*. Princeton: Princeton University Press.

FLYVBJERG, Bent

2005 «Cinco equívocos sobre la investigación basada en estudios de caso». *Estudios Sociológicos*. Volumen XXIII, número 2, pp.561-590.

GARGARELLA, Roberto

1997 «La dificultad de defender el control judicial de las leyes». *Isonomía*, Volumen 6, pp. 55-70.

GUASTINI, Ricardo

2001 *Estudios de teoría constitucional*. Primera edición. México D. F.: Fontamara.

HÄBERLE, Peter

2004 «La jurisdicción constitucional institucionalizada en el Estado Constitucional». En: Häberle, Peter. *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*. Lima: Palestra.

HELMKE, Gretchen

1998 «Toward a Formal Theory of an Informal Institution: Insecure Tenure and Judicial Independence in Argentina, 1976-1995». Paper, *Conferencia de Estudios Científicos sobre Política de Justicia*. Michigan: Michigan State University.

HAMILTON, Alexander, John JAY y James MADISON

1961[1788] *The Federalist Papers*. Nueva York: New American Library.

HAMMERGREN, Linn

2001 «Diagnosing Judicial Performance: toward a tool to help guide judicial reform programs». Paper. *US Chapter of Transparency International's Ad Hoc Working Group on the Judicial Integrity*.

HERRON, Eric y Kirk RANDAZZO

2003 «Judicial Institutions and the Evolution of Independent Courts in New Democracies». *Journal of Politics*, Volumen 65, número 2.

KEITH, Linda

2001 «Constitutional Protections, Judicial Independence and State Repression of Personal Integrity: Is the Law a Mere Parchment Barrier to Human Rights Abuse?». Paper. *Southwestern Political Science Association Annual Meeting*. Texas.

KELSEN, Hans

1989(1934) *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*. 18ª edición. Lima: Temas.

KORNHAUSER, Lewis

2002 «Is Judicial Independence a Useful Concept?». En BURBANK, Stephen B. y Barry FRIEDMAN (editores). *Judicial Independence at the Crossroads. An interdisciplinary Approach*. Londres: Sage.

LANDA, César

2010a «Poder Judicial y Tribunal Constitucional: independencia y control de poderes». En: *El Estado en debate: múltiples debates*. Lima: PNUD.

2010b «Juez Constitucional y compromisos éticos. La relevancia de los valores en la actuación de la magistratura constitucional (Entrevista realizada por Pedro Grandez)». *Boletín Informativo Mensual Palestra Biblos*, volumen I. Consulta: 23 de marzo de 2013.
<http://www.palestraeditores.com/distribuidor/boletin/ENTRELANDA.pdf>

LA PORTA, Rafael et al.

2002 «The Guarantees of Freedom». *NBER Working Paper*, número 8759.

LINARES, Sebastián

2003 «La independencia judicial: conceptualización y medición». En: Burgos, Germán (editor), *Independencia Judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para quién? ¿Cómo?* Bogotá: Ilsa.

LOCKE, John

2004[1680] *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Madrid: Alianza.

LOEWENSTEIN, Karl

1976 *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Ariel.

MARTÍNEZ, María Luz

2004 *La independencia judicial*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

MÉNDEZ, Juan E.

2000 «Legislatures, judiciaries and innovations in horizontal accountability». Paper, *Conferencia Institutions, Accountability, and Democratic Governance in Latin America*. Notre Dame: Kellog Institute, University of Notre Dame.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat

1987[1748] *Del espíritu de las leyes*. Madrid: Tecnos.

MONTOYA, Víctorhugo

2011 «Tribunal Constitucional y 15 años de relaciones con el poder». *Estado Constitucional*, número 1.

2007 «El stare decisis constitucional. Entre la vinculación de las sentencias constitucionales y las sentencias vinculantes constitucionales». *Justicia Constitucional*. Lima: Palestra, año III, número 5, pp. 71-100.

- 2005 *La infracción constitucional*. Lima: Palestra.
- MURPHY, Walter F.
2001 «Alternative Political Systems». En BARBER, Sotirios A. y Robert P. GEORGE (editores). *Constitutional Politics: Essays on Constitution Making, Maintenance, and Change*. Princeton: Princeton University Press.
- NEIRA, Hugo
2001 *El mal peruano: 1990-2001*. Lima: SIDEA.
- NEUBAUER, David W.
1997 *Judicial Process: Law, Courts, and Politics in the United States*. Segunda edición. Fort Worth: Harcourt Brace.
- NIETO, Alejandro
2010 *El malestar de los jueces y el modelo judicial*. Madrid: Trotta.
- NOGUEIRA, Humberto
2004 «La independencia y responsabilidad del juez constitucional en el derecho constitucional comparado». *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, . Volumen 1, pp. 61-91.
- O'DONNELL, Guillermo
1997 «Rendición de cuentas horizontal y nuevas poliarquías». *Nueva Sociedad*. Buenos Aires, número 152, pp. 143-167.
- PANIAGUA, Valentín
1999 «La justiciabilidad de los actos político-jurisdiccionales del Congreso». *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid, número 3, pp. 181-203.
- PÁSARA, Luis
2007 «Estado de derecho y Sistema de Justicia en América Latina». *Revista Oficial del Poder Judicial*. Lima, volumen 1, número 1, pp. 309-323.
- PERELMAN, Chaim
1997 *El imperio retórico. Retórica y argumentación*. Bogotá: Norma.
- PERETTI, Terri
2003 «Una evaluación normativa del conocimiento científico social sobre la independencia judicial». En: Burgos, Germán (editor), *Independencia judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para quién? ¿Cómo?* Bogotá: Ilsa.
- PERSSON, Torsten et al.
1997 «Separation of Powers and Political Accountability». *The Quarterly Journal of Economics*,. Cambridge, volumen 112, número 4, pp.1163-1202.

PIZZORUSSO, Alessandro

1990 *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*. Turín: Einaudi.

POSNER, Richard

2007 *Análisis económico del derecho*. Segunda edición. México D.F.: FCE.

PRZEWORSKI, Adam y Henry TEUNE

1970 *The Logic of Comparative Social Inquiry*. Florida: Krieger Publishing Company.

RAMSEYER, J. Mark y Eric B. RASMUSEN

2003 *Measuring Judicial Independence. The Political Economy of Judging in Japan*. Chicago: The University of Chicago Press.

REVISTA CARETAS

2010 «Divina comedia». Lima, 18 de marzo

<http://www.caretas.com.pe/Main.asp?T=3082&S=&id=12&idE=870&idSTo=0&idA=45416>

RÍOS-FIGUEROA, Julio

2011 «Institutions for Constitutional Justice in Latin America». En HELMKE, Gretchen y Julio RÍOS-FIGUEROA (editores). *Courts in Latin America*. Nueva York: Cambridge University Press.

ROSE-ACKERMAN, Susan

2007 «Judicial independence and corruption». En: Transparency International. Global Corruption Report 2007. Corruption in Judicial Systems. Cambridge: Cambridge University Press.

ROSSEN, Keith S.

1987 «The Protection of Judicial Independence in Latin America». *The University of Miami Inter-American Law Review*. Miami, volumen 19, número 1, pp.1247-1276.

RUBIN, Edward

2002 «Independence as a Governance Mechanism». En: Burbank, Stephen B. y Barry Friedman (editores), *Judicial Independence at the Crossroads. An interdisciplinary Approach*. Londres: Sage.

SAFAR, Mónica Sofía

2009 «Análisis económico del derecho constitucional: aplicación de la teoría económica bajo la escuela de la elección pública». *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, número 23, pp.175-190.

SALZBERGER, Eli M.

1993 «A Positive Analysis of the Doctrine of Separation of Powers, or: Why Do We

Have an Independent Judiciary?». *International Review of Law and Economics*, Volumen 13, pp. 349-379.

SALZBERGER, Eli y Paul FENN

1999 «Judicial Independence: Some Evidence from the English Court of Appeal». *Journal of Law & Economics*. Chicago, volumen 42, pp. 831-847.

SCHEDLER, Andreas

2003 «Judging the Judge. The Logics of Judicial Accountability». Paper, XXIV Congreso de la Asociación de Estudios Latinoamericanos (LASA). Dallas.

2000

«Incertidumbre institucional e inferencias de imparcialidad: el caso del Instituto Federal Electoral». *Política y Gobierno*. México, DF, volumen VII, número 2, pp. 383-421.

SCHMITT, Carl

1982 *Teoría de la Constitución*. Primera edición, primera reimpresión. Madrid: Alianza.

SEGAL, Jeffrey A.

1997 «Separation-of-Powers Games in the Positive Theory of Congress and Courts». *The American Political Science Review*. Cambridge, volumen 91, número 1, pp. 28-44.

SHAPIRO, Martín

1993 «Public Law and Judicial Politics». En FINIFTER, Ada W. (editora), *Political Science: the State of the Discipline*. Washington: American Political Science Association, volumen I.

SMITHEY, Shannon y John ISHIYAMA

2000 «Judicious Choices: Designing Courts in Post-Communist Politics». *Communist and Post-Communist Studies*. Volumen 33, número 1, pp. 163-182.

SPAETH, Harold y Jeffrey SEGAL

1993 *The Supreme Court and the Attitudinal Mode*. Nueva York: Cambridge University Press.

STAATS, Joseph L.

2003 «An Analysis of Factors Contributing to Improved Judicial Performance in Latin America». Paper, XXIV Congreso de la Asociación de Estudios Latinoamericanos (LASA). Dallas.

STEPHENSON, Matthew C.

2003 «“When the devil turns...”: The political foundations of independent judicial review». *Journal of Legal Studies*. Volumen 32, número 1, pp. 59- 89.

- TOHARIA, Juan José
1999 «La independencia judicial y la buena Justicia». *Justicia y Sociedad*. Número 3.
- TORO OCHOA, David et al.
2008 «La independencia judicial y su posible medición: breve aplicación caso al de la Corte constitucional colombiana». *Contexto*. Número 27.
- VALLDECABRES, María Isabel
2004 *Imparcialidad del juez y medios de comunicación*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- VOIGT, Stefan
2000 «Making Promises Credible: Introducing 2 New Indicators for Measuring Judicial Independence». Paper, *Annual Conference of the World Economic Freedom Network*.
- WARE, Alan
2000 *Political Parties and Party Systems*. Nueva York: Oxford University Press.
- WORLD ECONOMIC FORUM – WEF
2010 *The Global Competitiveness Report 2010-2011: Looking beyond the Global Economic Crisis*. Ginebra: WEF.
- WROBLESKI, Jerzy
1987 «Theoretical and Ideological Problems of Judicial Independence». En: *Los jueces en una sociedad democrática*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública.
- YAMANISHI, David Scott
2000 «Rule of Law, Property Rights, and Human Rights: An Empirical Study of the Effects (and Non-effects) of Legal Institutions». Paper, *Annual Meeting of the American Political Science Association*. Washington D.C.
- ZAGREBELSKY, Gustavo
1995 *El Derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.

COMENTARIOS

Eduardo Dargent Bocanegra

Doctor por la University of Texas At Austin, magíster en Filosofía Política por la University of York y profesor del Departamento de Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Católica del Perú

El trabajo de Víctorhugo Montoya toca temas centrales en el estudio de la política de las cortes y sistemas judiciales; es un tema de mucho interés en la ciencia política. Aborda un concepto muy difícil de capturar como es la independencia judicial y propone una forma novedosa de abordarlo. Por ello, es una excelente lectura para un público interesado en el tema, tanto por ser informativa como por proponer algunas soluciones al problema de estudiar este elusivo concepto. En este breve comentario señalo dos virtudes del trabajo y una crítica.

Primero, el trabajo explica didácticamente aspectos conceptuales y metodológicos que permitirán a otros investigadores entender por qué los diversos intentos de estudiar y medir la independencia judicial son errados. Como reconoce el texto, intentar medir el grado de independencia de un tribunal pasa por reconocer los «costos» que tienen diversas estrategias que pueden aplicarse al hacerlo. Si buscamos hacer un trabajo general y que pueda ser comparado con otros casos, probablemente necesitaremos una mirada rápida a sentencias y clasificarlas de acuerdo con su resultado, sin profundizar en su contenido. Pero como sabemos bien los abogados, es muy difícil hacer clasificaciones rápidas de sentencias que pueden ser muy complejas. Deben observarse muchos detalles antes de decidir si estamos ante un fallo «independiente». Por otro lado, un estudio cualitativo, detallista y profundo, nos lleva también a problemas pues será difícil llegar a cierto grado de generalidad por el tiempo que tomará estudiar las sentencias, mucho menos si intentamos comparar varias cortes. Podemos caer también en el error de seleccionar casos que hacen mucho ruido, pero que no describen la conducta normal del tribunal, o de concluir que existe independencia tras mirar las reglas de selección y funcionamiento del tribunal, como si estas reglas no operaran en contextos determinados.

Y se suman otros problemas al definir qué estudiamos. ¿Estamos mirando la sentencia «agregada» o la independencia de los magistrados que componen el tribunal? Luego, ¿independencia con respecto a quién? Un tribunal puede ser un ejemplo de independencia política, pero no de independencia del poder económico. Asimismo, hay que ser muy conscientes de que no podemos equiparar independencia con determinadas posiciones políticas. Hay tribunales muy independientes que aplican sentencias muy progresistas y otros tribunales independientes que pueden ser muy conservadores. Puede que no nos gusten estas sentencias, pero su distancia del poder político y económico está libre de toda duda. Todos estos temas y problemas, además de otros, son tratados por el autor antes de plantear sus propios criterios de evaluación de la independencia judicial. Creo que un aporte invaluable

del texto es plantear con claridad estos aspectos conceptuales y metodológicos que resultarán muy útiles para quienes se quieran adentrar en el tema.

Segundo, el texto no se limita a criticar otros esfuerzos sino que propone indicadores interesantes para evaluar la independencia. Sabemos que la evidencia directa de subordinación al poder político o económico raramente se podrá observar, por eso, hablamos de que el autor parte de la inferencia, de la deducción de la independencia o su ausencia desde el análisis detallado de la sentencia estudiada y la jurisprudencia del tribunal en cuestión. Esta forma de proceder requiere un conocimiento profundo de la forma en que ha actuado antes este tribunal, saber qué casos son emblemáticos por el contexto que vive el país, determinar qué intereses están en juego en cada caso y los efectos de las sentencias para otros procesos en curso (no siempre evidentes en el expediente). Los indicadores propuestos son interesantes pues nacen de la pericia de un abogado constitucional, que percibe bien cuándo hay indicios razonables de que la sentencia no ha sido realizada simplemente apelando al «saber y entender» de los magistrados.

Pero este esfuerzo tiene costos y esa es mi amigable crítica al documento. Probablemente los indicadores sean tan detallados que resulte difícil pasar a un estudio general de un tribunal. Son poderosos pues muestran bien casos que difícilmente pueden justificarse por cambios en la concepción jurídica de los jueces; pero ese grado de detalle puede ser problemático en un esfuerzo de investigación, y tal vez no se pueda llegar a una generalidad suficiente en el análisis. De pronto habría que evaluar si hay indicadores que tienen más peso que otros al momento de declarar la falta de independencia y concentrarse en ellos. Supongo que su aplicación llevará a una mayor selección y precisión de los indicadores.

De cualquier modo, el texto es sin duda un gran primer paso para impulsar una comprensión seria, compleja y especialmente «real» (a diferencia de esos estudios en que se recogen indicadores que nos dicen muy poco sobre el concepto) de la independencia judicial. Un texto que permite iniciar una interesante conversación con un contenido no solo teórico sino también práctico, contribuye a incrementar la rendición de cuentas de los magistrados de las altas cortes.

César Landa Arroyo

Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Alcalá de Henares y
profesor del Departamento Académico de Derecho de la
Pontificia Universidad Católica del Perú

Trabajos sobre la justicia en el Perú son pocos. Algunos ejemplos son los diagnósticos institucionales del CERIAJUS (2004), como producto de la transición democrática, incorporados a la Mesa de la OEA y delineados por el Acuerdo Nacional. Asimismo, también es importante mencionar el proyecto de reforma constitucional (2001-2003), que buscaba la independencia de los poderes políticos, económicos y mediáticos, pero que fue frustrado por la falta de compromiso de la Corte Suprema de Justicia con la reforma judicial. En ambos casos el objetivo principal era recobrar la independencia e imparcialidad judicial, mellada durante la dictadura de los años noventa.

El Tribunal Constitucional (TC) tampoco estuvo ajeno a la intervención gubernamental de entonces. De hecho, perdió su independencia frente al poder de turno, como se evidencia del juicio político que se llevó a cabo contra tres magistrados del TC que se opusieron a la Ley de la Rereelección del entonces Presidente Fujimori. Con la expulsión de dichos magistrados el TC se convirtió en una institución áulica; las sentencias que validaron las leyes de amnistía a favor de las fuerzas de seguridad violadoras de los derechos humanos son una muestra de ello.

Pero no solo fueron sus fallos los que involucraron la jurisprudencia constitucional, sino también las conductas judiciales de naturaleza ilícita que le valió a uno de los exmagistrados (José García Marcelo) recibir una condena de ocho años. De ahí que la transición democrática no sea un acto instantáneo, sino un proceso en el que de forma permanente se cautela la independencia, la imparcialidad y la neutralidad, es decir, se observa y analiza constantemente los argumentos y fundamentos de los votos de los magistrados.

Ahora bien, ello podría no ser una tarea exclusivamente jurídica, puesto que el TC no es solo un órgano judicial, sino también político. Por ello cabe realizar, por ejemplo, un análisis de la producción judicial constitucional desde la ciencia política. Este es el caso de Víctorhugo Montoya, quien se vale de herramientas cuantitativas provenientes de la ciencia política y que no pueden estar ajenas al análisis jurídico. El resultado es una valiosa convergencia del método de la ciencia política y del método de interpretación jurídica del Derecho Constitucional.

Lo anterior amerita dos tipos de comentarios, uno de carácter general y otro de carácter específico. Con respecto a los primeros, si bien la visión del juez parece ser normativa, ya que la garantía de su independencia es su subordinación a la ley, hay que tener en cuenta que también podría ser histórica o sociológica, dado que esa es, a su vez, la naturaleza de la Constitución. Esto implicaría contar con un juez sometido a la Carta Magna en un sentido más amplio, lo cual asegura su independencia en relación con los poderes políticos y sociales.

La independencia, por cierto, no significa dejar solo al juez frente al caso, no es razonable una visión del juez técnico alejado de la contaminación social o política, por cuanto el juez es un componedor de conflictos sociales, aunque en ocasiones actúe de espaldas a dicha responsabilidad. Un ejemplo de esto último es el caso Conga. Su responsabilidad se resume en las palabras de von Triepel: detrás de una gran cuestión jurídica, hay una gran cuestión política; por ello, la labor interpretativa de los jueces es una cuestión técnica no ajena a su impacto en la realidad, labor que se da a través de la precomprensión del problema y de la comprensión de la norma.

Con respecto al segundo tipo de comentario, quisiera referirme a algunos casos que podrían validar las técnicas utilizadas en el trabajo del profesor Montoya:

- Medición de inferencias: caso Regalías mineras, caso PUCP, caso ONG y caso Píldora del día siguiente. Estos casos permitirían examinar la influencia de los poderes políticos y sociales sobre el juez.
- Técnica de casos paradigmáticos: caso Cementos Lima, caso Chacón.
- Percepción de recolección de datos: caso IMASEN.
- Diseño institucional: No es el presupuesto económico un mecanismo de control, sino al revés. Las resoluciones con implicancia económica han sido usadas por el Tribunal Constitucional (exmagistrado Carlos Mesía) para insinuar/requerir prebendas presupuestales en el MEF, mediante los casos de los bonos de la deuda agraria, FONAVI, entre otros.

- Elección de magistrados: conocidos son los casos de la falta de transparencia y de anulación de la elección de magistrados en 2007 (Eto Cruz, Alarcón Quintana, Ríos Castillo) y 2013 (Nakazaki, Eguiguren, Sardón y Blume). En ambos casos, la opinión pública cuestionó particularmente la elección de Javier Ríos Castillo y César Nakazaki.
- Normalidad procesal: caso El Frontón y caso Tudela. Adicionalmente hay que tener en cuenta también que, por ejemplo, si bien el TC dispuso, en su página web, el registro de las visitas de las partes para asegurar la transparencia, esto no ha evitado reuniones fuera de sus instalaciones. Un caso emblemático es el de la controversia entre el Arzobispado de Lima y la PUCP, pues el abogado Natale Amprimo, representante del primero, almorzó con el entonces magistrado Carlos Mesía.
- Consistencia argumental interna: caso RBC, caso Cementos Lima y caso Chiquitoy. En estos casos se evidencia una inconsistencia entre los argumentos de un fallo y el texto de dicho fallo.
- Impacto combinado de valores cualitativos, como el análisis de agentes externos: caso Antauro Humala, en el que correspondía declarar fundado un hábeas corpus, pero el magistrado Vergara Gotelli cambió su voto, siguiendo a los magistrados Álvarez y Mesía, quienes votaron de acuerdo con la presión política y mediática.

Finalmente, debe tenerse presente que las influencias que podrían estar afectando la independencia judicial son presunciones que deben probarse, sean estas formales o informales, identificarse a los magistrados que son receptores de las mismas, así como el impacto combinado de ambas.

RESPUESTA DEL AUTOR

Ante todo un agradecimiento a Eduardo Dargent y César Landa, dos muy buenos profesionales y mejores amigos, que se dieron el trabajo de leer, analizar y comentar el pequeño documento presentado. Son generosos al resaltar el pequeño aporte que desde la multidisciplinariedad intenté presentar respecto de la independencia de jueces o tribunales. Los abogados muchas veces catalogamos a partir de la intuición o desde impresiones generales si un juez es o no independiente, y es ahí donde fallamos por ligeros. De otro lado, la independencia ha sido estudiada con mucha prolijidad desde la ciencia política —incluso desde la economía—, a través de indicadores específicos, aunque tal estudio también peca de tratar de cuantificar sin conocer la naturaleza objeto de estudio (casos constitucionales), situación que podemos revertir al saber algo sobre este tipo de procesos.

Por eso consideré pertinente, a partir de mi aproximación al Derecho Constitucional y a la justicia constitucional, incorporar elementos politológicos al estudio de la categoría «independencia de la justicia constitucional», para dotarle de cierta rigurosidad académica, y poner mi pequeña cuota para volver más ciencia al Derecho. Pero, como ya quedó sentado en el propio trabajo, deben quedar atrás impresiones o juicios sin sustento. Es preciso acudir a las variables y a los indicadores para poder encontrar resultados que se condigan con la realidad, y sean plausibles de ser comparados con otras realidades o experiencias. Aunque la labor no es tarea fácil, y sé también que la propuesta es aún incipiente.

Como bien señala Eduardo Dargent, es necesario también dotarles de peso a los indicadores porque no todos ellos miden con el mismo grado de incidencia la actuación de los jueces constitucionales en el resultado de su labor jurisdiccional (sentencias —o incluso autos—). Por eso, para que pueda medirse correctamente, se ha propuesto que el indicador normalidad procesal tenga una ponderación de 2; el indicador consistencia individual, una de 1,5; el indicador consistencia interna, una de 3; el indicador consistencia temporal, una de 2,5; y, el indicador corrección de argumentación, una de 1.

De otro lado, también es cierto lo que apunta César Landa con respecto a quién es exactamente un juez constitucional o un miembro de una alta corte. Tomando en cuenta la naturaleza de la Constitución, y en términos más precisos de los casos que pueden llegar al Tribunal Constitucional, su razonamiento no es igual al de los jueces ordinarios. Mucho se ha estudiado al respecto, centrándose específicamente en cómo la ideología de los magistrados puede llevarlos a resolver un caso concreto de una u otra forma, tal vez contradictoria, máxime si está en juego un hard case, tomando en cuenta el carácter político y la indeterminación del contenido de la Constitución. Por ello, en la metodología propuesta, a partir de casos paradigmáticos, se torna indispensable contrastar lo que nos dice la resolución emitida, además de indagar más sobre lo que sucedió (con estudios oficiales, investigaciones independientes, informes periodísticos o informantes calificados) y ver si efectivamente una sentencia o un

auto «torcida/o» es producto de una injerencia externa o, si por el contrario, solo es una demostración de una mala técnica jurídica del juez o, peor aún, de un débil conocimiento jurídico, producto de un pernicioso sistema de elección.

Pero más allá de lo señalado, ha sido un gusto analizar un tema al que estuve muy cercano en los últimos años, pero que nunca había tenido oportunidad de hacerlo hasta cuando estuve fuera del país, gracias a los interesantes y francos comentarios de Luis Pásara. Él hizo que viera un problema constitucional desde un punto de vista distinto al estrictamente jurídico. Me gustó el reto, y quedé satisfecho con el resultado del trabajo realizado por tierras salmantinas, parte del cual he presentado en el texto que acaban de leer.