

Este documento ha sido traducido por el Área de Servicios de Información, Traducciones y Lenguas Originarias de la Biblioteca del Congreso de la República con fines meramente informativos para los usuarios de la institución. Se trata de una traducción no oficial del texto en inglés «Comparative court-packing» de los investigadores David Kosař y Katarína Šipulová, publicado por *International Journal of Constitutional Law*, Volume 21, Issue 1, enero del 2023, Pages 80–126. La versión en español que no ha sido verificada por esta institución.\*

**Título del documento:**

**Inglés:** «Comparative court-packing»  
Nº de páginas: 47.  
Enlace en *Oxford Academic*:  
<https://academic.oup.com/icon/article/21/1/80/7111298>  
<https://doi.org/10.1093/icon/moad012>  
Fecha de documento: 8 de abril del 2023.

**Español:** « Estudio comparativo del *court-packing*»  
Nº de páginas: 49  
Fecha de documento: Junio del 2025

**Institución:** International Journal of Constitutional Law, Volume 21, Issue 1  
Artículo por Oxford Academic Press en el 2023

**Derechos de autor:**  Este es un artículo de Acceso Abierto distribuido bajo los términos de la Licencia de Atribución Creative Commons (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>), que permite el uso, distribución y reproducción sin restricciones en cualquier medio, siempre que se cite adecuadamente el trabajo original.

**Sobre el emisor o productor:** Oxford Academic es la plataforma de investigación académica de Oxford University Press (OUP), que ofrece acceso a más de 50.000 libros y 500 revistas. Atiende las diversas y cambiantes necesidades de investigación de estudiantes, investigadores, profesores y profesionales, y busca constantemente la retroalimentación de estas comunidades.

**Autores del texto:** David Kosař\* y Katarína Šipulová

---

\* N. de la T.: Documento traducido del inglés al español por el Área de Servicios de Información, Traducciones y Lenguas Originarias de la Biblioteca del Congreso de la República (MPZ).

©Autor(es) 2023. Publicado por Oxford University Press. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia Creative Commons Attribution (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>), que permite la reutilización sin restricciones Distribución y reproducción en cualquier medio, siempre que se cite adecuadamente la obra original.

## Estudio comparativo del *court-packing*

David Kosar<sup>\*©</sup> y Katarína Šipulová<sup>\*\*©</sup>

A raíz de la presidencia de Donald Trump, estalló un intenso debate sobre el incremento de miembros en la Corte Suprema de Estados Unidos. Sin embargo, el aumento del número de jueces de un tribunal no es más que una de las diversas técnicas del *court-packing*<sup>§</sup>. Además, el debate estadounidense es peculiar debido a las características únicas de la Corte Suprema estadounidense. El objetivo de este artículo es analizar el *court-packing* desde una perspectiva comparativa, relacionar los debates sobre la composición de los tribunales a ambos lados del Atlántico y aportar al diálogo de diversos estudios académicos del Norte y del Sur Global. Basándose en la experiencia de otras partes del mundo, este artículo ofrece una nueva y más amplia definición de *court-packing* que incluye no solo el aumento de miembros del tribunal en cuestión, sino también las estrategias de remoción y sustitución. A continuación, se analizan las justificaciones y los peligros del *court-packing* y se ofrece una teoría de nivel medio pragmática prospectiva que nos permite evaluar si un determinado plan de *court-packing* es legítimo. En el texto se sostiene que la legitimidad del *court-packing* tiene dos dimensiones: una se centra en si este persigue un objetivo legítimo (*ius ad bellum* del *court-packing*) y una segunda dimensión que explora si se lleva a cabo de forma legítima (*ius in bello* del *court-packing*). Esto significa que, aunque los políticos tengan una «causa justa» para el *court-packing*, sus acciones siguen estando limitadas.

### 1. Introducción

Las guerras por el *court-packing* están de regreso en Estados Unidos. Era algo que se veía venir. La muerte de la jueza Ruth Bader Ginsburg y su precipitada sustitución por la jueza Amy Coney Barrett fue la gota que rebalsó el vaso. Para muchos académicos, analistas y políticos, este hecho socavó la legitimidad y el equilibrio ideológico de la Corte Suprema, y dejó claro que la situación

---

\* Profesor asociado, Departamento de Derecho Constitucional y Ciencias Políticas, Universidad de Masaryk, Brno, República Checa. Correo electrónico [daid.kosar@la.mui.cz](mailto:daid.kosar@la.mui.cz)

\*\* Profesora adjunta, Instituto de Estudios Judiciales, Universidad Masaryk, Brno, República Checa. Correo electrónico: [katarina.sipulova@law.muni.cz](mailto:katarina.sipulova@law.muni.cz) La investigación que ha dado lugar a este proyecto ha recibido financiación del Consejo Europeo de Investigación (ERC) en el marco del programa de investigación e innovación Horizonte 2020 de la Unión Europea (INFINITY, subvención n°101002660). Los autores agradecen a Maria Popova, Tom Daly y Patrick Casey Leisure sus acertados comentarios, y a Judith Gerhalter su ayuda en la investigación.

<sup>§</sup> *N. de la T.: el término 'court-packing' puede traducirse por 'ampliación de los tribunales', que indica incrementar el número de miembros de los tribunales. Sin embargo, dado que los autores reconceptualizan el término más allá del contexto estadounidense y pretenden analizarlo desde una perspectiva comparativa (que incluye también la disminución o sustitución de los miembros), mantendremos el término en inglés a fin de evitar confusiones al lector.*

exigía respuestas. Como parte de estas, el presidente Biden creó una comisión bipartidaria de expertos compuesta por treinta y seis miembros para la reforma de la Corte Suprema, incluyendo a académicos destacados en derecho constitucional, historia y ciencias políticas<sup>1</sup>. El 7 de diciembre del 2021, la Comisión Biden emitió su esperado informe final<sup>2</sup>, aunque no llegó a proponer ninguna solución concreta.

Aunque el reciente debate en Estados Unidos ha captado comprensiblemente toda la atención, la práctica de *court-packing* ha prosperado durante décadas en otras partes del mundo. Por ejemplo, en 1990, el presidente argentino Carlos Menem incrementó el número de jueces de la Corte Suprema de Justicia de cinco a nueve, lo que le permitió nombrar de inmediato a cuatro jueces<sup>3</sup>. Algo similar hizo el presidente venezolano Hugo Chávez<sup>4</sup>; al igual que en Europa, donde Recep Erdoğan amplió el número de miembros del Tribunal Constitucional de Turquía<sup>5</sup>; por su parte, Viktor Orbán utilizó una estrategia parecida para conseguir mayoría en el Tribunal Constitucional de Hungría<sup>6</sup> y, más recientemente, Jarosław Kaczyński incrementó significativamente el número de jueces en la Corte Suprema de Polonia<sup>7</sup>.

Asimismo, los ejemplos de otras partes del mundo muestran que ampliar el número de miembros de los tribunales supremos, que es el significado tradicional del término *court-packing* en los debates estadounidenses<sup>8</sup>, es solo una de las muchas estrategias posibles para manipular la composición de las cortes. De hecho, los líderes políticos pueden adoptar toda una gama de técnicas diferentes que les ayuden a asegurar mayorías favorables en los tribunales supremos<sup>9</sup>. Por ejemplo, el presidente argentino Alfonsín anunció un plan para reducir el número de jueces de la Corte Suprema con el fin de obligar a los jueces en funciones a renunciar<sup>10</sup>. Los líderes políticos

---

<sup>1</sup> El presidente Biden firmará la orden ejecutiva que crea la Comisión Presidencial sobre la Corte Suprema de los Estados Unidos, Casa Blanca (9 de abril del 2021), [www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/04/09/president-biden-to-sign-executive-order-creating-the-presidential-commission-on-the-supreme-court-of-the-united-states/](https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/04/09/president-biden-to-sign-executive-order-creating-the-presidential-commission-on-the-supreme-court-of-the-united-states/)

<sup>2</sup> Comisión Presidencial sobre la Corte Suprema de Estados Unidos, Proyecto del Informe Final (dic. 2021), [www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/12/SCOTUS-Report-Final.pdf](https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/12/SCOTUS-Report-Final.pdf).

<sup>3</sup> Rebecca B. Chavez, «The Evolution of Judicial Autonomy in Argentina: Establishing the Rule of Law in an Ultrapresidential System», 36 J. *Latin Am. Stud.* 451 (2004).

<sup>4</sup> Matthew M. Taylor, «The Limits of Judicial Independence: A Model with Illustration from Venezuela under Chavez», 46 J. *Latin Am. Stud.* 229 (2014).

<sup>5</sup> Ergun Özbudun, «Turkey's Judiciary and the Drift Toward Competitive Authoritarianism», 50 *Int'l Spectator* 42 (2015); Berk Esen & Sebnem Gumuscu, «Rising Competitive Authoritarianism in Turkey», 37 *Third World Q.* 1581 (2016); Ozan O. Varol, Lucia D. Pellegrina, & Nuno Garoupa, «An Empirical Analysis of Judicial Transformation in Turkey», 65 *Am. J. Comp. L.* 186 (2017).

<sup>6</sup> Gábor Halmai, «From the “Rule of Law Revolution” to the Constitutional Counter-Revolution in Hungary», en *European Yearbook of Human Rights* 367 (2012); Renata Uitz, «Can You Tell When an Illiberal Democracy Is in the Making? An Appeal to Comparative Constitutional Scholarship from Hungary», 13 *Int'l J. Const. L.* 279 (2015).

<sup>7</sup> Anna Śledzińska-Simon, «The Rise and Fall of Judicial Self-Government in Poland: On Judicial Reform Reversing Democratic transition», 19 *Ger. L.J.* 1839 (2018).

<sup>8</sup> Solo recientemente algunos académicos han adoptado una definición más amplia de *court-packing* (ampliación de tribunales) que también incluye una reducción del tamaño del tribunal supremo. Véase, por ejemplo, Joshua Braver, «Court-Packing: An American Tradition?» 61 *B.C. L. Rev.* 2748 (2020).

<sup>9</sup> David Kosař & Katarína Šipulová, «How to Fight Court-Packing», 6 *Const. Stud.* 133 (2020).

<sup>10</sup> Chávez, *supra* nota 3; Tom Daly, «“Good” Court-Packing? The Paradoxes of Democratic Restoration in Contexts of Democratic Decay», 23 *German L.J.* 1071 (2022).

venezolanos y polacos también utilizaron diversas medidas para deshacerse de los jueces «recalcitrantes» nombrados por coaliciones opositoras<sup>11</sup>. Otras técnicas fueron más complejas y afectaron a todos los magistrados. Por ejemplo, tras la caída del Muro de Berlín se produjeron purgas judiciales generalizadas en muchos sistemas judiciales poscomunistas como resultado de la lustración política<sup>12</sup>, las elecciones de retención del cargo<sup>13</sup> y otras técnicas<sup>14</sup>. Más recientemente, Viktor Orbán y Jarosław Kaczyński intentaron deshacerse de jueces incómodos y sustituirlos por sus protegidos mediante un plan aparentemente neutral que rebajaba la edad de jubilación obligatoria de todos los jueces.

El objetivo principal de este artículo es descentralizar el debate del contexto único de los Estados Unidos y analizar el *court-packing* desde una perspectiva comparativa. Al hacerlo, también vinculamos los debates sobre los ajustes en la composición de los tribunales en ambos lados del Atlántico<sup>15</sup> y aportamos al diálogo una diversidad de estudios académicos provenientes del Norte y del Sur Global. El segundo objetivo es proporcionar una herramienta pragmática y prospectiva que nos permita evaluar la legitimidad de los planes de *court-packing* sin la ventaja de la mirada retrospectiva. Para ello, proponemos una comprensión más amplia de este concepto que refleja experiencias de todo el mundo y está desligada de las especificidades de cada país y del uso dominante del término en Estados Unidos. Empleamos una lógica similar en el desarrollo de una teoría de nivel medio sobre el *court-packing*, en la que identificamos las justificaciones y los peligros de este concepto sobre la base de nuestro análisis comparativo.

El propósito de este artículo es doble. En primer lugar, sostenemos que el *court-packing* no solo se refiere al incremento del número de miembros de los tribunales supremos, sino también a la reducción de su composición y al reemplazo de jueces en funciones sin alterar el número de miembros de los tribunales. Según nuestra definición más amplia, el *court-packing* es un cambio en la composición existente de un tribunal, lo que es un acto irregular, impulsado activamente (no aleatorio) y que crea una nueva mayoría en el tribunal o restringe la mayoría anterior. Basándonos en esta reconceptualización comparativa del término, luego ofrecemos la primera taxonomía exhaustiva de las técnicas de *court-packing*. En segundo lugar, desarrollamos una teoría de nivel medio pragmática sobre el *court-packing*. En concreto, sostenemos que la legitimidad del *court-packing* tiene dos dimensiones: si este persigue un objetivo legítimo (*ius ad bellum* del *court-*

---

<sup>11</sup>Taylor, *supra* nota 4; Śledzińska-Simon, *supra* nota 7; Wojciech Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown*, (2019).

<sup>12</sup> David Robertson, *A Problem of Their Own, Solutions of Their Own: CEE Jurisdictions and the Problems of Lustration and Retroactivity*, in *Spreading Democracy and the Rule of Law? The Impact of EU Enlargement on the Rule of Law, Democracy and Constitutionalism in Post-Communist Legal Orders* 73, 87 (Wojciech Sadurski, Adam Czarnota, & Martin Krygier eds., 2006).

<sup>13</sup> David Kosař & Katarína Šipulová, «Judging the Judges, Judging Ourselves: Never-Ending Dealing with the Past within the Czech Judiciary», in *Judges Facing Transitional Justice: Vetting and Other Mechanisms and How They Affect the Rule of Law* (Christina Murray y Jan Van Zyl, de próxima publicación, 2023).

<sup>14</sup> Erhard Blankenburg, «The Purge of Lawyers after the Breakdown of the East German Communist Regime», 20 *Law & Soc. Inquiry* 223 (1995); Inga Markovits, *Children of a Lesser God: GDR Lawyers in Post-Socialist Germany*, 94 *Mich. L. Rev.* 2270, 2271-2 (1996).

<sup>15</sup> Curiosamente, los acontecimientos políticos y los debates resultantes sobre el *court-packing* se enmarcan de forma diferente. Mientras que los académicos y los responsables de las políticas en Europa se manifiestan contra los Gobiernos populistas y discuten cómo luchar contra el *court-packing* y destruirlo, los políticos y académicos progresistas de Estados Unidos intentan encontrar formas de justificarlo.

*packing*), y si se ejecuta legítimamente (*ius in bello* del *court-packing*). La primera dimensión se centra en *cuándo* es legítimo recurrir al *court-packing*; mientras que la segunda explora *cómo* puede ejecutarse legítimamente cuando persigue un objetivo legítimo. Ambas dimensiones están interconectadas, pero deben analizarse de manera separada por razones de claridad analítica. Esto significa que cada una de las cinco justificaciones típicas para activar el *court-packing* (que garantice una transición democrática fluida, que erradique la corrupción judicial generalizada, que responda a un *court-packing* anterior ilegítimo, que reequilibre un tribunal no representativo y que mejore la eficiencia del tribunal) puede requerir que se cumplan diferentes condiciones adicionales para ser legítimo. Tales condiciones adicionales incluyen, por ejemplo, la proporcionalidad, o un efecto combinado (respuesta a un *court-packing* ilegítimo anterior), o el apoyo multipartidario o la revisión deliberativa en múltiples lugares (reequilibrio de un tribunal no representativo). Creemos que un análisis tan matizado y desvinculado de las peculiaridades de un país determinado proporciona una herramienta única para evaluar la legitimidad de los planes del *court-packing* en todo el mundo.

Por último, es importante hacer una advertencia: este artículo se centra en el *court-packing* de los tribunales supremos o constitucionales que deciden las controversias de mayor trascendencia política. Aunque los tribunales inferiores, aquellos con competencias en asuntos penales o comerciales, también pueden atraer la interferencia política, el *court-packing* en estos niveles plantea cuestiones y consideraciones diferentes.

Las siguientes secciones de este artículo son: la sección 2 conceptualiza el *court-packing* desde una perspectiva comparativa y explica en detalle sus características definitorias. La sección 3 divide el *court-packing* en tres estrategias generales (ampliación, remoción y sustitución), se muestran ejemplos de varios mecanismos en cada una de estas estrategias y se identifican los patrones comunes entre ellos. Por último, la sección 4 analiza los metavalores típicos invocados por los defensores y detractores del *court-packing*, así como las justificaciones de nivel medio y también los peligros relacionados con el *court-packing*. Posteriormente, se analiza cuándo el *court-packing* es *prima facie* legítimo y qué requisitos adicionales deben cumplirse para justificarlo.

## **2. Reconceptualización comparativa del *court-packing***

La popularidad del *court-packing* en distintos tipos de regímenes sugiere que tener jueces leales en un tribunal supremo es simplemente irresistible para muchos líderes políticos. La alineación ideológica de los jueces, especialmente en los tribunales supremos y constitucionales, representa una ventaja importante para cualquier Gobierno. Sin embargo, los mandatos electorales no suelen coincidir con los judiciales. Un Gobierno que gana una elección, por tanto, suele tener opciones muy limitadas para cambiar la composición de los tribunales a su favor. Si no está satisfecho con la actitud de los jueces respecto a cuestiones cruciales relacionadas con la sociedad, tiene dos opciones: puede optar por aceptar esa diferencia de criterio y confiar en el proceso de selección regular, que puede no ocurrir durante su mandato, o puede decidir no esperar. En este último caso, el Gobierno todavía tiene algunas opciones. Puede dejar de ejecutar las sentencias judiciales<sup>16</sup>, lo

---

<sup>16</sup> Bernd Hayo & Stefan Voigt, «Mapping Constitutionally Safeguarded Judicial Independence: A Global Survey», 11 *J. Empirical Legis. Stud.* 159 (2014).

que constituye una decisión costosa en términos de legitimidad para el régimen gobernante. O en su defecto, puede comenzar a influir en el contenido de las sentencias judiciales de manera formal e informal ejerciendo mayor presión sobre los jueces en funciones<sup>17</sup>, limitando las competencias de los tribunales<sup>18</sup> o acelerando el cambio en la composición del tribunal<sup>19</sup>. Este artículo se centra en el último grupo de interferencias que afectan los cambios en la composición de los tribunales supremos.

Estas interferencias en la composición de los tribunales supremos se remontan a varios siglos<sup>20</sup> y abarcan prácticamente todos los continentes<sup>21</sup>. Sin embargo, a pesar de la gran cantidad de episodios históricos, la literatura académica ha tenido dificultades para proponer un término unificador que conceptualice estas interferencias en la composición de los tribunales. La mayoría de los debates sobre el término *court-packing* se han centrado hasta ahora en ejemplos de Estados Unidos. No obstante, en el debate estadounidense ha predominado el plan de *court-packing* de Roosevelt y su legado. Por eso, la literatura de EE. UU. ha adoptado una visión limitada e idiosincrática del *court-packing*. Hasta hace muy poco<sup>22</sup>, esta práctica se asociaba casi exclusivamente con el aumento del número de jueces en un tribunal determinado. Sin embargo, esta es solo una de las muchas opciones existentes para lograr una mayoría afín en un tribunal. Incluso en Estados Unidos se han registrado cuatro intentos de reducir el número de miembros de la Corte Suprema, dos de los cuales fueron finalmente exitosos<sup>23</sup>. Otras técnicas para lograr un cambio intencional en la composición de un tribunal se han utilizado en América Latina, Europa Central y Oriental, y en otros lugares, como demuestran los ejemplos mencionados anteriormente. Muchas de estas interferencias fuera de Estados Unidos no se han clasificado como *court-packing* sino más bien como ataques a la independencia judicial, destitución abusiva de jueces, captura del proceso de selección de jueces o violaciones de la separación de poderes. El objetivo de este artículo es corregir las limitaciones del enfoque centrado en Estados Unidos y la fragmentación global, y estudiar el *court-packing* desde una perspectiva comparativa.

Conforme a estas observaciones, adoptamos una definición amplia de *court-packing*, basada en nuestro extenso análisis comparativo de diversos ejemplos de cómo los líderes políticos han transformado intencionalmente la composición de los tribunales en todo el mundo. Esta definición es generalmente aplicable y libre de usos idiosincráticos en diversos países. Según esta definición, *court-packing* es «cualquier cambio irregular en la composición de un tribunal, que se haya impulsado activamente (no de manera aleatoria) y que cree una nueva mayoría en dicho tribunal o

---

<sup>17</sup> El famoso «cambio a tiempo que salvó a nueve» en la época de FDR, cuando el juez asociado Owen J. Roberts cambió su posición jurisprudencial (véase Daniel E. Ho & Kevin M. Quinn, *Did a Switch in Time Save Nine?* 2 J. Legis. Analysis 69 (2010)), es un ejemplo típico de este tipo de presión que se puede encontrar en casi todas partes en el mundo.

<sup>18</sup> Taylor, nota 4 *supra*.

<sup>19</sup> Andrea Castagnola, «Manipulating Courts in New Democracies: Forcing Judges off the Bench in Argentina» 84-108 (2018).

<sup>20</sup> Denis Galligan, *The Courts and The People* (2021).

<sup>21</sup> Véase Kosař & Šipulová, nota 9 *supra*.

<sup>22</sup> Braver, *supra* nota 8.

<sup>23</sup> *ibid*.

restrinja a la mayoría anterior»<sup>24</sup>. A continuación, explicaremos los componentes claves de esta definición.

La definición consta de cinco elementos que, en conjunto, son suficientes y necesarios para que una reforma sea un caso de *court-packing*. Su primer y principal elemento es el cambio en la composición del tribunal. Este cambio puede ser tanto cuantitativo como cualitativo. Por un lado, un cambio cuantitativo incluye el aumento o la disminución del número de jueces en un tribunal determinado. El aumento del número de miembros del tribunal no afecta los mandatos de los jueces en funciones, pero diluye su influencia. Ahora bien, la reducción del número de miembros del tribunal despoja de su investidura a los jueces afectados. Por otro lado, un cambio cualitativo en la composición implica reemplazar a los jueces en funciones por otros nuevos sin aumentar o disminuir la composición del tribunal. Tal cambio, es obvio, supone que algunos jueces en funciones deben abandonar sus cargos, ya sea de forma involuntaria o «voluntaria», para que los nuevos jueces los sustituyan. Naturalmente, los cambios cuantitativos y cualitativos pueden combinarse<sup>25</sup>, pero los mantenemos separados por razones analíticas.

En segundo lugar, *court-packing* es un cambio irregular en la composición del tribunal. Es decir, implica un cambio que no está contemplado en las normas constitucionales establecidas en el pasado. Por lo tanto, la nominación de un juez conservador tras la jubilación voluntaria o el fallecimiento de un juez liberal (o viceversa), que conduce a un cambio de la mayoría en el tribunal, no califica como *court-packing*. Por ejemplo, el nombramiento de Brett Kavanaugh por Donald Trump como juez asociado de la Corte Suprema de EE. UU. tras la renuncia del juez asociado Anthony Kennedy no es considerado *court-packing*, a nuestro entender. Aunque permitió a Trump obtener un voto decisivo<sup>26</sup>, el presidente tiene la facultad de seleccionar nuevos jueces según lo establece la Constitución<sup>27</sup>. Este es un criterio crucial de nuestra definición y sabemos que habrá controversia sobre lo que se considera regular e irregular. Hay dos problemas importantes aquí. Primero, a veces no hay acuerdo sobre qué establecía la norma constitucional en el pasado. Recuerde el reemplazo inmediato de Ruth Bader Ginsburg por Amy Coney Barrett. En segundo lugar, a veces considerar qué es una ‘norma constitucional’ podría resultar cuestionable. Entendemos las normas constitucionales en un sentido material que incluye no solo las normas que se encuentran, explícita o implícitamente, en un código constitucional formal (constitución codificada)<sup>28</sup>, sino también las convenciones constitucionales<sup>29</sup> y las normas de la constitución material (constitución no codificada). El *court-packing* cíclico sigue siendo *court-packing*, porque se desvía de la norma constitucional existente y, por lo tanto, es irregular. En resumen, la evaluación

---

<sup>24</sup> Introdujimos esta definición en Kosar & Šipulová, *supra* nota 9, pero no profundizamos en sus componentes.

<sup>25</sup> Un buen ejemplo es el *court-packing* implementado por Hugo Chávez y sus medidas para controlar el Poder Judicial de Venezuela. Taylor, *supra* nota 4.

<sup>26</sup> Sobre el concepto de ‘juez con voto decisivo’, véase Peter K. Enns & Patrick C. Wohlfarth, «The Swing Justice», 75 J. Pol. 1089 (2013).

<sup>27</sup> Véase Eric Bradner, Joan Biskupic y Jeremy Diamond, Trump Picks Brett Kavanaugh for Supreme Court, CNN (8 de julio de 2018), [www.cnn.com/2018/07/09/politics/trump-supreme-court-pick/index.html](http://www.cnn.com/2018/07/09/politics/trump-supreme-court-pick/index.html)

<sup>28</sup> Véase Scott Stephenson, «Constitutional Conventions and the Judiciary», 41 *Oxford J. of Legal Studies* 750 (2021).

<sup>29</sup> Para una comprensión similar de una norma constitucional, véase Tarunabh Khaitan, «Guarantor Institutions», 16 *Asian J. of Comp. L.* S40, S51-S52 (2021)

del criterio de regularidad depende del contexto. Sin embargo, el hecho de que pueda haber un área gris donde la evaluación de la irregularidad de un cambio en la composición del tribunal pueda depender de la comprensión matizada del derecho, la cultura política y la historia nacionales, no resta valor a este criterio en la mayoría de los casos.

En tercer lugar, el cambio en la composición debe ser resultado de una acción intencional. Nuestra definición, por tanto, no incluye cambios en la composición de los tribunales que estén fuera del control de los principales actores involucrados en la selección de jueces. Un ejemplo típico es la aparición de un número significativo de vacantes en un tribunal en un corto período de tiempo, situación que «no» es provocada por ningún actor clave en el proceso de selección de jueces, sino por otros factores, como la muerte natural de varios jueces. Un ejemplo típico es la muerte repentina de dos jueces asociados de la Corte Suprema de los EE. UU. en 1938–1939, lo que le dio a Franklin D. Roosevelt dos asientos en la Corte Suprema. Roosevelt aprovechó esta oportunidad y logró obtener una nueva mayoría en la Corte Suprema, a pesar de que su plan de *court-packing* fracasó<sup>30</sup>. En cambio, las muertes de Antonin Scalia y Ruth Bader Ginsburg plantean problemas más complejos, ya que aquí los requisitos de ‘acción intencional’ e irregularidad operan conjuntamente. Estas dos muertes abrieron una rara ventana de oportunidades inesperada para que los republicanos alteraran la composición de la Corte Suprema, pero la categorización de estos dos casos como *court-packing* depende de si existe o no la «convención constitucional bipartidista de la SCOTUS» que establece que el Senado de EE. UU. no puede confirmar a un juez de la Corte Suprema en un año de elecciones presidenciales sin apoyo bipartidario<sup>31</sup>.

Cuarto, el cambio afecta al tribunal existente. Esto significa que el *court-packing* no cubre la creación de nuevos órganos judiciales<sup>32</sup>. La creación de nuevos tribunales, como la infame Corte Estatal de Checoslovaquia (1948–1952), introducida por el régimen comunista para llevar a cabo juicios políticos a sus opositores<sup>33</sup> o la más reciente propuesta de Viktor Orbán para crear un nuevo

---

<sup>30</sup> William Leuchtenburg, *The Supreme Court Reborn: The Constitutional Revolution in the Age of Roosevelt* (1995); Gregory A. Caldeira, *Public Opinion and The U.S. Supreme Court: FDR's Court-Packing Plan*, 81 Am. Pol. Sci. Rev. 1139 (1987); Barry Cushman, *The Court-Packing Plan as Symptom Casualty, and Cause of Gridlock*, 85 Notre Dame L. Rev. 2089 (2013). See also Barry Cushman, *Rethinking the New Deal Court: The Structure of a Constitutional Revolution* (1998); Barry Cushman, *The Man on the Flying Trapeze 1* (Univ. Va. School of L., Pub. L. & Legal Theory Working Paper Series no. 6, 2012); R. David Proctor, *An Overview of Judicial Independence from Impeachments to Court-Packing*, 47 U. Mem. L. Rev. 1147 (2016); Richard J. Sweeney, *Constitutional conflicts in the European Union: Court Packing in Poland versus the United States*, 18 Econ. Bus. Rev. 3 (2018); Mark Tushnet, *Court-Packing on the Table in the United States?*, *Verfassungsblog* (abril. 3, 2019), <https://verfassungsblog.de/court-packing-on-the-table-in-the-united-states>.

<sup>31</sup> Rivka Weill, *Court-Packing as an Antidote*, 42 Cardozo L. Rev. 2705 (2021)

<sup>32</sup> El establecimiento de un nuevo tribunal plantea toda una serie de cuestiones diferentes en el proceso de transformación política. Tom Gerald Daly, «The Alchemists: Questioning Our Faith in Courts as Democracy-Builders» 88-9 (2017).

<sup>33</sup> Jaroslav Vorel et al., *Československá justice v letech 1948–1953 v dokumentech* 15–16, 85–9, 171–87, 332–3 (2003).

sistema de tribunales administrativos<sup>34</sup> está fuera de nuestra definición<sup>35</sup>, aunque pueda perseguir objetivos similares al *court-packing*. No estamos afirmando que la creación de nuevos tribunales no pueda seguir objetivos similares a los cambios intencionados en la composición de tribunales existentes. Sin embargo, se trata de una práctica distinta de control de los tribunales<sup>36</sup>.

La quinta y última característica de nuestra definición de *court-packing* es que crea una nueva mayoría o restringe la anterior<sup>37</sup>. Esta mayoría es multidimensional, ya que podría estar representada por jueces alineados ideológicamente con el Poder Ejecutivo, jueces sin vínculos con el régimen anterior o jueces de ciertos grupos sociales o etarios. Nuestra definición es, por lo tanto, objetiva y comprende cambios en la mayoría independientemente de si fueron o no intencionados por los actores políticos. Incluso la legislación que persigue principalmente (genuina o aparentemente) un objetivo diferente y que crea una nueva mayoría solo como efecto secundario, también entra en nuestra definición de *court-packing*. Un ejemplo adecuado es la reducción en la edad de jubilación obligatoria para jueces en Hungría y Polonia.

El comportamiento posterior de los jueces nombrados a través del *court-packing* también es irrelevante. Si el líder político aumenta el número de jueces con el objetivo de asegurar una mayoría leal, este paso calificará como *court-packing* incluso si los jueces se emancipan y se niegan a someterse a las expectativas del político en sus decisiones (exploramos estas consideraciones en detalle en la sección 4).

También vale la pena señalar que una mayoría leal no significa necesariamente una mayoría exacta de todos los jueces del tribunal. Muchos tribunales, en particular los supremos y los constitucionales, asignan los casos a salas y cámaras más pequeñas. A veces, por lo tanto, basta con cambiar la composición de las salas más importantes, por lo general la cámara electoral<sup>38</sup>, la cámara

---

<sup>34</sup> Renata Uitz, «An Advanced Course in Court Packing: Hungary's New Law on Administrative Courts», *Verfassungsblog* (2 de enero de 2019), <https://verfassungsblog.de/an-advanced-course-in-court-packing-hungarys-new-law-on-administrative-courts/>

<sup>35</sup> Para una opinión diferente, véase Uitz, *supra* nota 34.

<sup>36</sup> Tratamos el *court-curbing* (restricción en los tribunales) como un término general, que es más amplio que *court-packing*, ya que incluye, aparte del aumento de miembros en los tribunales, otras estrategias como las procesales (por ejemplo, la introducción del incremento del quórum, la regla de la secuencia o el requisito de la mayoría cualificada), medidas de tipo financiero (por ejemplo, recortar los presupuestos de los tribunales, reducir los salarios de los jueces o las prestaciones de jubilación) institucional (por ejemplo, la supresión de la jurisdicción, la creación de un nuevo tribunal, la abolición del tribunal o fusión de tribunales existentes, etc.), relacionados con los altos mandos judiciales (por ejemplo, la sustitución del presidente del Tribunal Supremo o de los presidentes de los tribunales).

<sup>37</sup> Somos conscientes del hecho de que el *court-packing* intencionado puede ser el resultado de una motivación diferente. Véase, por ejemplo, Wojciech Sadurski, «Polish Constitutional Tribunal Under PiS: From an Activist Court, to a Paralyzed Tribunal, to a Governmental Enabler», 11 *Hague J. Rule L.* 63 (2019). Estos motivos son, sin embargo, solo de carácter secundario para nosotros, porque hacerse con el control del tribunal siempre ha sido históricamente el primer objetivo del *court-packing*.

<sup>38</sup> Esta fue la táctica que utilizó Hugo Chávez en Venezuela. Taylor, *supra* nota 4.

constitucional<sup>39</sup>, la cámara de fiscalización<sup>40</sup> o una cámara disciplinaria<sup>41</sup>. En otras palabras, el *court-packing* no necesariamente necesita apuntar a la mayoría de todo el tribunal; es suficiente si su objetivo es obtener una mayoría en una cámara estratégicamente importante.

De igual manera, el número de miembros sustituidos en la composición del tribunal es irrelevante para que califique como *court-packing*. En nuestro entender, *court-packing* es cualquier fortalecimiento<sup>42</sup> o debilitamiento<sup>43</sup> de la mayoría existente, o la creación de una nueva mayoría (si no había una mayoría estable). En algunos casos, incluso la sustitución de un solo juez (el llamado *juez decisivo* en la jerga estadounidense<sup>44</sup>) puede permitir que el actor político cambie crucialmente la distribución de poder en el tribunal<sup>45</sup>. Observaciones similares se aplicarían en tribunales donde no existía una mayoría estable antes del *court-packing*. Lo que importa es si se forma una nueva mayoría o se restringe una antigua. Por lo tanto, un cambio irregular en la composición de una corte previamente impredecible o dividida equitativamente sigue siendo *court-packing*.

Por otro lado, los cambios en la composición del tribunal que solo tendrán efecto en el futuro, cuando los actores políticos respectivos ya no formen parte del Poder Ejecutivo, no entran en nuestra definición de *court-packing*. Estas reformas no tienen como objetivo crear una nueva mayoría en el tribunal ni restringir la anterior. Un ejemplo típico de este tipo de reforma es la duplicación del número de jueces del Tribunal General de la UE. El aumento en el número de jueces de veintiocho a cincuenta y cuatro generó muchas controversias dentro del Tribunal de Justicia de

---

<sup>39</sup> Esto se aplica en los países en donde no existe un tribunal constitucional especializado y la tarea de revisión constitucional recae en una sala especializada del Tribunal Supremo. Taylor, *supra nota* 4.

<sup>40</sup> Véase el asunto C-487/19 *W. Ż. y des affaires publiques de la Cour Supreme* (nominación).

<sup>41</sup> Un ejemplo bien conocido de *court-packing* consistente en la creación y dotación de personal de la sala disciplinaria del Tribunal Supremo procede de Polonia y fue considerado problemático también por el TJUE. Véanse los asuntos acumulados C-585/18, C-624/18, C-625/18, *A. K. y Ors. c. Sed Najwyższy*, ECLI:EU:C:2019:982 (19 de noviembre del 2019); asunto C-791/19, *Comisión contra Polonia*, ECLI:EU:C:2021:596 (15 de julio del 2021).

<sup>42</sup> Imaginemos una situación en la que el expresidente estadounidense Trump decidiera aprobar una ley que inmediatamente aumentaría en dos el número de jueces del Tribunal Supremo de EE. UU., reforzando la mayoría que ya tenía en el Tribunal Supremo desde 2018.

<sup>43</sup> Imaginemos que el Gobierno tiene de su parte a cinco de los trece jueces del Tribunal Constitucional. Aunque de jueces constitucionales «solo» en dos hasta quince y, por tanto, solo tiene una minoría de siete jueces, la distribución del poder cambia y su posición es definitivamente más fuerte (véase Jan Petrov, «(De-)judicialization of Politics in the Era of Populism: Lessons from Central and Eastern Europe», 26 *Int'l J. Hum. Rights* 1181, 1192-1194 (2021)). Además, en los tribunales en los que se requiere una supermayoría para alcanzar una determinada decisión (por ejemplo, para derogar una ley; véase en general Cristóbal Caviedes, *A Core Case for Supermajority Rules in Constitutional Adjudication*, 20 *Int'l J. Const. L.* 1162 (2022)), los siete jueces «pro-gobierno» pueden bloquear tales decisiones, a pesar de ser minoría. Este movimiento puede a su vez incluso paralizar el tribunal (véase Sadurski, *supra nota* 37). Así pues, este escenario debe considerarse *a priori court-packing*.

<sup>44</sup> Enns & Wohlfarth, *nota 26 supra*.

<sup>45</sup> Esto es particularmente relevante para los tribunales con un número reducido de jueces, donde el cambio de una persona puede cambiar significativamente la división de poderes. Véase la dimisión de Andrzej Wróbel, Magistrado del Tribunal Constitucional polaco, analizado más adelante en la *nota 135*. Los debates sobre la sustitución de un juez indeciso en el contexto estadounidense también son especialmente relevantes en este caso (véase Enns & Wohlfarth, *nota 26 supra*). Sin embargo, a veces incluso la sustitución del disidente solitario puede silenciar eficazmente a la oposición.

la Unión Europea<sup>46</sup> y, en retrospectiva, probablemente ni siquiera fue necesario debido a la reducción de expedientes. Sin embargo, está claro que no tuvo como objetivo crear una nueva mayoría, ya que el aumento en los jueces se extendió por varios años, cuando los actores clave de la reforma ya no estaban y no podían beneficiarse de ella. Un ejemplo similar proviene de Chequia. Un aumento en el número de jueces del Tribunal Administrativo Supremo de trece (enero del 2003) a treinta y tres (septiembre del 2020) no fue *court-packing*. El aumento fue gradual, se dio en varios años y entre varios presidentes y ministros de justicia, y fue condicionado al consentimiento del presidente del Tribunal Administrativo Supremo.

### 3. Modalidades de *court-packing*

En la sección anterior explicamos nuestra conceptualización del *court-packing* y sus elementos clave. En esta sección desarrollamos aún más esta conceptualización e identificamos tres categorías de *court-packing*. Recopilamos ejemplos de *court-packing* de todo el mundo y hallamos que siguen tres patrones generales: (1) la estrategia de expansión, que aumenta el número de miembros del tribunal mediante la adición de nuevos jueces; (2) la estrategia de vaciado, que reduce el número de jueces en funciones, y (3) la estrategia de intercambio, mediante la cual los líderes políticos reemplazan a jueces en funciones con sustitutos más leales sin alterar el número de miembros del tribunal. Cada una de estas estrategias contiene varias técnicas.

Las tres estrategias de *court-packing*, con ejemplos relevantes de técnicas individuales, se muestran en la Tabla 1. Los ejemplos incluidos son ilustrativos y no aspiran a abarcar ‘todos’ los casos históricos de *court-packing*<sup>47</sup>. Nuestro objetivo no fue compilar una lista exhaustiva, sino lograr la mayor diversidad posible con respecto a las técnicas de *court-packing* y sus países de origen. Además, limitamos nuestro análisis a los planes de *court-packing* que tuvieron lugar después de la Segunda Guerra Mundial<sup>48</sup>, con la excepción del icónico plan de Franklin D. Roosevelt. Por otro lado, nuestra lista incluye intentos exitosos e infructuosos de *court-packing* (los ejemplos infructuosos están en cursiva), ya que incluso la amenaza de *court-packing* puede tener consecuencias. A continuación, discutimos cada estrategia de *court-packing* con más detalle.

---

<sup>46</sup> Los ejemplos son tan numerosos que no podemos incluirlos todos aquí. Por ello, hemos decidido subir la tabla completa, incluidas las referencias: Instituto de Estudios Judiciales, <https://justin.law.muni.cz/en/publications> (última visita el 24 de enero del 2023). Animamos a los lectores a que nos escriban sobre los planes de *court-packing*, tanto antiguos como nuevos que no se mencionan aquí, a nuestras direcciones de correo electrónico que figuran en el encabezamiento del artículo.

<sup>47</sup> Por ejemplo, en el siglo XIX se pusieron en marcha en EE.UU. varios planes de *court-packing*. Braver, *supra* nota 8.

<sup>48</sup> Aníbal Pérez-Liñán & Andrea Castagnola, «Judicial Instability and Endogenous Constitutional Change: Lessons from Latin America», 46 *Brit. J. Pol. Sci* 395 (2016).

**Tabla 1.** Tipología de las estrategias de *court-packing*. La cursiva indica los intentos fallidos de *court-packing*.

<b>Estrategia</b>	<b>Técnica</b>	<b>País</b>
<b>Estrategia de ampliación</b>	Aumento del número de jueces	<i>Estados Unidos (a nivel federal) 1937</i> Argentina 1957, 1987, 1990 Brasil 1965 Bolivia 1967 Rusia 1993 Chile 1984, 1998, 2004 Honduras 2001 Zimbabue 2001 Venezuela 2004 Turquía 2012 Hungría 2012 Estados Unidos (a nivel estatal: <i>Carolina del Norte 2013, 2016;</i> <i>Arizona 2016; Georgia 2016)</i> Polonia 2017
<b>Estrategia de vaciado</b>	Reducción del tribunal	Argentina 1950, 1966 Brasil 1968 México 1994 Ecuador 2004
	Obstaculización de la selección	Serbia 2002–2010 Ucrania 2005, 2006 República Checa 2003–05, 2011–13 Polonia 2015, 2016 Estados Unidos 2016 Albania 2018 Eslovaquia 2007
	Vacaciones forzadas	Polonia 2017
	Suspensión de jueces	Venezuela 2004 Pakistán 2007 Polonia 2015
<b>Estrategia de intercambio</b>	Introducción o reducción de la edad de jubilación obligatoria	Perú 1973–77 Bangladesh 1977 Hungría 2012 Polonia 2016 <i>Brasil 2019</i>
	Supresión de la titularidad vitalicia o acortamiento del mandato limitado	El Salvador 1950, 1966 Brasil 1968 Venezuela 1999
	Investigación de antecedentes	Checoslovaquia 1991 México 1994 Bolivia 2009 Macedonia 2011 Ucrania 2014 Albania 2016 <i>Eslovaquia 2019</i>
	Medidas disciplinarias abusivas	Eslovaquia 2002 Polonia 2020

**Tabla 1.** Continuación

<b>Estrategia</b>	<b>Técnica</b>	<b>País</b>
	Disciplina abusiva	Argentina 1947 Bolivia 1992 Chile 1992–93 Argentina 1990–98, 2003 Perú 1997 Chile 2004 Sri Lanka 2013 Filipinas 2018 El Salvador 2021
	Proceso penal abusivo	Malasia 1988 Ucrania 2002 Chile 2004 Turquía 2016 Polonia 2016
	Despido abusivo	Egipto 1955, 1969 Perú 1969, 1973 Argentina 1976 El Salvador 1979 Chile 1988, 2004 Guatemala 1993 México 1993, 1994 Ecuador 2004, 2007 Haití 2005 Níger 2009 Venezuela 1999, 2013 Turquía 2016 Ucrania 2020–21
	Dimisión forzosa	Argentina 1960, 2003 Chile 1974, 2004 Zimbabue 2001 Bolivia 2005, 2007 <i>Pakistán 2007</i>
	Gratificación por despido	Argentina 1958 Estados Unidos 1965 Polonia 2016
	Nombramiento prematuro	Polonia 2015
	Uso de la violencia y agresiones físicas	Colombia 1985, 1979–91 El Salvador 1988 Guatemala 1988 Senegal 1993 Benín 1996 Madagascar 2001

### **3.1. La estrategia de ampliación: Aumento del número de jueces**

El aumento del número de jueces en los tribunales es la estrategia más común de *court-packing* en países democráticos y no democráticos, tal vez debido a su carácter aparentemente compatible con el Estado de derecho. Aunque históricamente la ampliación de un tribunal ha sido, en cierta medida, impulsada por la creciente complejidad de las normas legales, que resultaron en la necesidad de dividir los tribunales supremos en salas más especializadas, las mismas medidas se utilizan a

menudo como estrategias de *court-packing*<sup>49</sup>. Esto es particularmente cierto si el aumento en el número de jueces permite al Poder Ejecutivo asegurarse una mayoría favorable en dicho tribunal. En consecuencia, existen numerosos ejemplos que muestran cómo la manipulación con el número de jueces en los tribunales supremos se convierte en una herramienta utilizada por el Poder Ejecutivo para obtener una judicatura políticamente favorable.

El ejemplo más conocido de la estrategia de ampliación es el plan de "*court-packing*" de Roosevelt en 1937, que surgió de su conflicto con la mayoría conservadora de la Corte Suprema de EE. UU. que se oponía a su legislación del *New Deal*<sup>50</sup>. En respuesta a esta oposición, Roosevelt propuso un proyecto de ley que le permitiría nominar a un juez adicional por cada magistrado en funciones de la Corte Suprema que hubiera servido durante diez o más años, y se negara a retirarse a la edad de setenta años. Como seis jueces tenían más de setenta años en ese momento, esta fórmula le habría dado a Roosevelt seis nuevas nominaciones de inmediato, suficientes para asegurar una mayoría estable. Para justificar su plan, Roosevelt se basó en la supuesta ineficiencia de la Corte Suprema, pero la Corte refutó rápidamente sus afirmaciones<sup>51</sup>. Después de que se expuso la verdadera motivación ideológica de Roosevelt, su plan de *court-packing* fue finalmente derrotado, aunque solo después de una intensa batalla política cuyo resultado fue incierto hasta el final, a pesar de la debilitada popularidad del plan de *court-packing*<sup>52</sup>. Sin embargo, es importante añadir que, si bien Roosevelt perdió la batalla de 1937, ganó la guerra ya que, al final de 1941, tras las muertes de Cardozo y Butler, y la jubilación de otros cuatro jueces, Roosevelt pudo nominar a siete de los nueve jueces<sup>53</sup>. Desde entonces, ningún plan de *court-packing* en el nivel federal ha avanzado tanto en el proceso legislativo como el plan de Roosevelt, aunque se han presentado planes similares y a veces incluso ha tenido éxito a nivel estatal<sup>54</sup>.

En América Latina, una cita famosa del presidente Menem— «¿por qué debería ser yo el único presidente que no nombre a su propia Corte Suprema?»<sup>55</sup>— tiene un estatus icónico similar. En 1994, Menem presentó una reforma constitucional que aparentemente reducía sus poderes y fortalecía la independencia judicial. Sin embargo, antes de dar este paso, casi duplicó el tamaño de

---

<sup>49</sup> Nótese que es muy discutido entre los historiadores estadounidenses (Jeff Shesol, *Supreme Power: Franklin Roosevelt vs. the Supreme Court* (2010)), abogados (Cushman, *supra* nota 30), y politólogos (Caldeira, *supra* nota 30) hasta qué punto el Tribunal Supremo perjudicó realmente las leyes emblemáticas del *New Deal* de Roosevelt. No podemos ahondar aquí en este debate.

<sup>50</sup> Shesol, nota 50 *supra*.

<sup>51</sup> La historia del plan de *court-packing* de FDR (y su precuela y secuela) en detalle es sumamente complicada y también muy discutida. Véase Leuchtenburg, nota 30 *supra*; Caldeira, nota 30 *supra*; Cushman, *The Man on the Flying Trapeze*, nota 30 *supra*; Proctor, nota 30 *supra*; Sweeney, nota 30 *supra*; Tushnet, nota 30 *supra*.

<sup>52</sup> Véase Frank Reel, «When a Switch in Time Saved Nine», *N.Y. Times*, 10 de noviembre de 1985, en E26, [www.nytimes.com/1985/11/10/opinion/l-when-a-switch-in-time-saved-nine-143165.html](http://www.nytimes.com/1985/11/10/opinion/l-when-a-switch-in-time-saved-nine-143165.html)

<sup>53</sup> Véase Elizabeth L. Robinson, *Revival of Roosevelt: «Analyzing Expansion of the Supreme Court of North Carolina in Light of the Resurgence of State Court-Packing Plans»*, 96 *N.C. L. Rev.* 1126 (2018); Martin K. Levy, «Packing and Unpacking State Courts», 61 *Wm. & Mary L. Rev.* 1121 (2020).

<sup>54</sup> Chávez, *supra* nota 3; 55 Chávez, *supra* nota 3; [https://www.gretchenhelmke.com/uploads/7/0/3/2/70329843/judicial\\_manipulation\\_helmke.pdf](https://www.gretchenhelmke.com/uploads/7/0/3/2/70329843/judicial_manipulation_helmke.pdf); Daly, *supra* nota 10.

<sup>55</sup> Chávez, *supra* nota 3, en 455.

la Corte Suprema de Argentina al aumentar el número de jueces de cinco a nueve<sup>56</sup>. Esto le permitió crear una mayoría pro gubernamental en la Corte Suprema, conocida en Argentina como «la mayoría automática menemista» debido a su tendencia a fallar a favor de Menem<sup>57</sup>. Sin embargo, Menem no fue el único, ya que en Argentina el aumento de miembros de la Corte Suprema ha sido una maniobra política distintiva ejercida por muchos presidentes<sup>58</sup>. De hecho, la estrategia de expansión ha prosperado en toda América Latina. El presidente boliviano Barrientos implementó una técnica similar en 1967 al aumentar el número de jueces de la Corte Suprema de diez a doce<sup>59</sup>. Asimismo, el presidente venezolano Hugo Chávez incrementó el número de jueces de la Corte Suprema de veinte a treinta y dos<sup>60</sup>. Otros países latinoamericanos han experimentado episodios similares<sup>61</sup>. Centroamérica también ha sido testigo de esta estrategia. Por ejemplo, en el 2001 el Congreso de Honduras ratificó una enmienda constitucional que condujo a una reestructuración completa del poder judicial, incluido un aumento del número de miembros de la Corte Suprema de nueve a quince jueces<sup>62</sup>.

La misma estrategia también ha ganado terreno en Europa. En 1993, el presidente ruso Boris Yeltsin suspendió, como todos bien saben, el Tribunal Constitucional de Rusia, liderado por Valerii Zorkin, y aprobó una nueva constitución mediante referéndum que aumentó el número de jueces de quince a diecinueve, lo que le permitió a Yeltsin nombrar seis nuevos jueces para 1995<sup>63</sup>. En el 2012, Recep Erdoğan incrementó el número de miembros de la Corte Constitucional de Turquía de once a diecisiete jueces<sup>64</sup>. Debido a la supermayoría parlamentaria recién adquirida, la Administración de Orbán aprobó una enmienda constitucional que aumentó el número de jueces de la Corte Constitucional de Hungría de once a quince y le dio a Orbán cuatro asientos para llenar, lo que le ayudó gradualmente a silenciar al tribunal como un veto efectivo<sup>65</sup>. Jarosław Kaczyński tomó

---

<sup>56</sup> Rebecca Bill Chavez, «The Appointment and Removal Process of Judges in Argentina: The Role of Judicial Councils and Impeachment Juries in Promoting Judicial Independence», 42 *Latin Am. Pol. & Soc'y* 36 (2007).

<sup>57</sup> Helmke, *supra* nota 55.

<sup>58</sup> Véase también Pérez-Liñán & Castagnola, *supra* nota 19.

<sup>59</sup> Véase también Pérez-Liñán & Castagnola, *supra* nota 19.

<sup>60</sup> El carácter instrumental de este *court-packing* fue evidente, ya que Chávez aumentó el número de magistrados del Tribunal Supremo de manera tal que le aseguró la mayoría en cada una de las salas, incluida la electoral. Véase Taylor, nota 4 *supra*, en 253.

<sup>61</sup> Véase Aníbal Pérez-Liñán y Andrea Castagnola, «Presidential Control of High Courts in Latin America: A Long-term View (1904-2006)», 1 *J. Pol. Latin Am.* 87 (2009); Azul Aguiar-Aguilar, «Las Cortes y la Erosión Constitucional de la Democracia en América Latina». *Instituto V-DEM*. Documento de Trabajo Usuarios (mayo, 2020).

<sup>62</sup> Freedom House, *Countries at the Crossroads 2005: Honduras*, RefWorld (5 de mayo de 2005), [www.refworld.org/docid/4738690c5a.html](http://www.refworld.org/docid/4738690c5a.html)

<sup>63</sup> Obsérvese que solo trece de los quince escaños estaban cubiertos cuando se aplicó la reforma constitucional. Véase Herbert Hausmaninger, «Towards a New Russian Constitutional Court», 28 *Cornell Int'l L.J.* 349 (1995); Alexei Trochev, «Judging Russia: The Role of the Constitutional Court» en *Russian Politics 1990-2006*, 73-8 (2008).

<sup>64</sup> Özbudun, *supra* nota 5; Esen & Gumuscu, *supra* nota 5; Varol, Pellegrina, & Garoupa, *supra* nota 5.

<sup>65</sup> David Landau, «Abusive Constitutionalism», 47 *U.C. Davis L. Rev.* 209 (2013). Pero nótese que Orbán tardó varios años para lograr el control total del Tribunal Constitucional húngaro.

prestada la estrategia de ampliación del manual de Orbán y amplió el número de jueces de la Corte Suprema de Polonia de 81 a 120<sup>66</sup>.

### **3.2. La estrategia de vaciado: Reducción del número de jueces**

A diferencia de la estrategia de ampliación, la estrategia de vaciado busca deshacerse de aquellos que se oponen al Gobierno en funciones. Sin embargo, reducir el tamaño del tribunal es una decisión política costosa, ya que interfiere abiertamente con la independencia judicial y resulta difícil de justificar a los ciudadanos. Además, una reducción en el número de jueces, a menos que esté relacionada con una reforma integral del sistema judicial y de las normas procesales, puede ser cuestionada en términos de eficiencia, ya que puede generar un retraso en los casos y un fracaso en la administración oportuna de la justicia. La estrategia de vaciado puede llevarse a cabo mediante una reducción del tribunal por parte del Legislativo, así como mediante acciones menos visibles y temporales del Ejecutivo.

#### ***a) Reducción del número de miembros***

Existen pocos ejemplos de reducción directa de un tribunal a través de la legislación en América Latina. Por ejemplo, en Argentina, la reducción del número de jueces de la Corte Suprema ha ocurrido tres veces<sup>67</sup>. Los presidentes argentinos aspiraron a seleccionar sus propios tribunales y los cambios en el número de jueces fueron una estrategia para lograrlo. Así, los ciclos de ampliación y reducción de la Corte Suprema se repitieron durante décadas. En 1950, el presidente Juan Perón redujo el número de jueces de ocho a cinco. En 1958, Arturo Frondizi lo aumentó a siete, pero después del golpe de 1966, Juan Carlos Onganía lo redujo nuevamente a cinco. La ampliación de la Corte Suprema a nueve jueces por Carlos Menem, mencionada anteriormente, se revirtió en el 2006, cuando el número de jueces volvió a cinco. Otro ejemplo proviene de Brasil, que redujo el número de jueces del Tribunal Supremo Federal de dieciséis a once, revirtiendo el *court-packing* implementado por el Gobierno militar en 1965<sup>68</sup>. Es importante destacar aquí que prácticamente todos los ejemplos de reducción de los tribunales fueron reacciones a *court-packing* previos mediante la ampliación del número de miembros del tribunal, lo que sugiere que el *court-packing* cíclico plantea problemas específicos que deberían estudiarse en profundidad en el futuro.

#### ***b) Obstaculización del proceso de selección***

Para los políticos en el poder, a veces es suficiente reducir temporalmente el número de jueces en un tribunal mediante acciones ejecutivas, ya sea para paralizarlo o para esperar a que aparezca una vacante regular que puedan llenar con sus propios candidatos. Esta reducción temporal en el

---

<sup>66</sup> Śledzińska-Simon, *supra* nota 7; Fryderyk Zoll & Leah Wortham, «Judicial Independence and Accountability: Withstanding Political Stress in Poland», 42 *Fordham Int'l L.J.* 875 (2019).

<sup>67</sup> Jodi Finkel, «Judicial Reform in Argentina in 1990s: How Electoral Incentives Shape Judicial Change», 39 *Lat. Am. Res. Rev.* 56 (2004).

<sup>68</sup> Keith S. Rosenn, «The Protection of Judicial Independence in Latin America», 19 *U. Miami Inter-Am. L. Rev.* 28 (1987).

<sup>69</sup> Véase *infra* sección 2.3.

número de jueces suele ser una antesala de las estrategias de intercambio<sup>69</sup>, aunque debe abordarse por separado con fines analíticos. Un ejemplo clásico de este vaciado temporal de los tribunales es la obstaculización del proceso de selección. Esto suele ocurrir si los líderes políticos no controlan todo el proceso de selección de jueces y, por lo tanto, intentan bloquearlo al no realizar una fase procedimental esencial. Este fenómeno es bastante común, especialmente en países donde participan varios actores en el proceso de selección de jueces, pues basta con que uno de ellos decida bloquear a un candidato no deseado.

Esto ocurre, por ejemplo, si una de las autoridades con potestad de nominar a un juez no actúa. Este fue el caso del presidente checo Václav Klaus, quien se negó a nominar a un nuevo candidato para el Tribunal Constitucional, lo que complicó (2011–2013) o incluso restringió seriamente (2003–2005) el funcionamiento del Tribunal Constitucional<sup>70</sup>. Ejemplos similares han ocurrido en otros países europeos. Probablemente el más famoso es la negativa del presidente polaco Andrzej Duda a nombrar a tres jueces legítimamente seleccionados por el parlamento de la Plataforma Cívica en el 2015. Duda justificó la obstaculización de la selección al señalar que el Gobierno anterior seleccionó cinco jueces, dos de forma prematura, ya que sus mandatos debían finalizar solo después de las elecciones parlamentarias. Según el partido Ley y Justicia (PiS) y Duda, esto hizo que todo el proceso de selección fuera ilegítimo. Sin embargo, este paso permitió al PiS llenar rápidamente cinco asientos en lugar de los dos que tenían derecho legítimo de acuerdo con las normas constitucionales aplicables<sup>71</sup>. El propio Tribunal Constitucional confirmó más tarde que se estaba obstaculizando la selección de tres jueces debidamente seleccionados<sup>72</sup>. Un escenario diferente ocurrió en Albania, donde en el 2017–2018 el Gobierno bloqueó la actividad del comité de selección de jueces, impidiendo así el nombramiento de nuevos jueces constitucionales albaneses<sup>73</sup>.

### ***c) Vacaciones forzadas***

El partido polaco Ley y Justicia (PiS), en su esfuerzo por capturar el sistema judicial polaco, aunque no tenían una supermayoría constitucional, también ha recurrido a otros métodos innovadores de *court-packing*. En el 2017, la presidente interina progubernamental del Tribunal Constitucional polaco, Julia Przyłębska, envió a su oponente, el vicepresidente del Tribunal Constitucional, Stanisław Biernat, a vacaciones forzadas. Es obvio que esta estrategia no pone fin de inmediato al mandato de un juez, pero permite a los líderes políticos, con la ayuda de la presidente del tribunal, evitar que dicho juez asista a las audiencias y tome decisiones en los casos. El ejemplo de Biernat muestra que fue efectivamente apartado y, suspendido *de facto* de su cargo judicial durante los

---

<sup>70</sup> Sin embargo, debemos añadir que clasificar las acciones del presidente Klaus como *court-packing* no deja de ser controversial. Véase también David Kosař & Ladislav Vyhnánek, *The Czech Constitutional Court, in Constitutional Adjudication: Institutions* 119 (Armin von Bogdandy, Peter Huber, & Christoph Grabenwarter eds., 2020).

<sup>71</sup> Véase Sadurski, *supra* nota 37, en 65–8.

<sup>72</sup> Véase Zoll & Wortham, *supra* nota 66; Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland, App. No. 4907/18, Eur. Ct. H.R., mayo 7, 2021, <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-210065>.

<sup>73</sup> Meta Blames Majority for Non-Functioning of Constitutional Court, Albanian Daily News (Sept. 16, 2019), [www.albaniandailynews.com/index.php?idm-35519&mod=2](http://www.albaniandailynews.com/index.php?idm-35519&mod=2).

últimos meses de su mandato<sup>74</sup>. Así, el número de miembros del Tribunal Constitucional polaco se redujo, aunque de manera temporal.

#### *d) Suspensión de jueces*

Otra estrategia creativa con un efecto similar es la suspensión de jueces, lo que equivale a su suspensión *de facto*. Un ejemplo de esta estrategia también se puede encontrar en Polonia. En el 2017, el ministro de Justicia polaco, Zbigniew Ziobro, objetó retroactivamente la legalidad de la selección de tres jueces del Tribunal Constitucional que, desde el 2010, habían ejercido su mandato sin ser cuestionados<sup>75</sup>. Aunque estas acusaciones de ilegalidades en el proceso de selección del 2010 fueron torpes y claramente tenían como objetivo deshacerse de los jueces del Tribunal Constitucional que se oponían al Gobierno, otra comisión del Tribunal Constitucional, controlado por jueces pro-Kaczyński, removió a estos tres magistrados de sus respectivas comisiones, argumentando que podrían estar sesgados en casos de revisión constitucional en los que el propio ministro de Justicia era una de las partes. El hecho de que, en la práctica, el ministro de Justicia (actuando como fiscal general) rara vez inicie una revisión constitucional y su rol sea meramente formal no afectó la opinión del Tribunal Constitucional.

La nueva presidente progubernamental del Tribunal Constitucional, Julia Przyłębska, mantuvo a estos tres jueces en el «banquillo» hasta el final de sus mandatos<sup>76</sup>. Además de Polonia, la suspensión también se ha aplicado en América Latina. Un ejemplo es la suspensión del juez recalcitrante de la Corte Suprema de Venezuela, Frankline Arrieché, por el presidente Hugo Chávez<sup>77</sup>. En ambos casos, el tamaño de la corte se redujo temporalmente sin crear inmediatamente una nueva vacante, lo que distingue esta estrategia de las de intercambio que se discutirán en la siguiente sección.

### **3.3. Estrategia de intercambio: Reemplazo de jueces en funciones**

La estrategia de intercambio es diferente de las estrategias de expansión y vaciado. No altera la composición del tribunal mediante un cambio en el número de sus miembros. A diferencia de las dos estrategias anteriores, que se basan en cambios cuantitativos, el reemplazo de jueces en funciones cambia la composición del tribunal en términos cualitativos. Mediante el intercambio de jueces, los líderes políticos no solo eligen a sus nominados para el tribunal, sino que también se deshacen de los jueces «desobedientes». El intercambio de jueces se puede lograr mediante una gran variedad de estrategias que van desde una acusación abusiva y la disciplina de los jueces hasta las renuncias forzadas, las «gratificaciones por despido» y los nombramientos prematuros. Para ser exhaustivos, también debemos incluir estrategias intrínsecamente reprobables, como los ataques violentos contra jueces.

---

<sup>74</sup> Zoll & Wortham, nota 66 *supra*; Kosar & Šipulová, nota 13 *supra*.

<sup>75</sup> Ziobro argumentó falsamente que estos jueces habían sido elegidos en bloque y no en elecciones separadas.

<sup>76</sup> Wojciech Sadurski, «How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding» (Documento de investigación de la Facultad de Derecho de Sídney n.º 18/01, 2018), <https://ssrn.com/abstract=3103491>

<sup>77</sup> Taylor, nota 4 *supra*.

### ***a) Introducción o reducción de la edad de jubilación obligatoria***

Una de las estrategias más comunes y frecuentemente implementadas que ha permitido al Poder Ejecutivo deshacerse de jueces recalcitrantes y llenar los puestos vacantes con sus propios nominados en las últimas décadas es la reducción del término del mandato por decisión del Legislativo. Esta estrategia tiene diversas variantes.

Muchos países europeos, por ejemplo, han introducido una edad de jubilación obligatoria para los jueces<sup>78</sup>, lo que a su vez ofrece a los Gobiernos un método ingenioso, aparentemente legítimo, para acortar el mandato judicial. Desde esta perspectiva, la introducción o reducción de una edad de jubilación obligatoria es un lobo con piel de cordero. Mientras ostensiblemente persigue varios objetivos loables (como aumentar la eficiencia del Poder Judicial, crear oportunidades de trabajo para jóvenes abogados, limpiar el sistema de jueces de la era comunista que supuestamente están desacreditados por haber servido a regímenes anteriores, etc.), dicha legislación lleva a una reducción a gran escala del mandato de cientos de jueces y permite al Ejecutivo copar los tribunales, especialmente los supremos, donde los jueces de mayor edad suelen ser mayoría.

Un ejemplo de esta medida es la reforma de Orbán en el 2012, que redujo la edad de jubilación obligatoria de los jueces húngaros de setenta a sesenta y dos años<sup>79</sup>. Según las fuentes disponibles, esta medida permitió a Orbán liberar 274 puestos judiciales, la mayoría en altos tribunales<sup>80</sup>. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) revisó la reforma y la consideró contraria al Derecho de la UE<sup>81</sup>. Sin embargo, la sentencia del TJUE llegó demasiado tarde, una vez que los jueces afectados ya habían sido destituidos<sup>82</sup>. Las instituciones europeas aprendieron la lección del caso húngaro y reaccionaron mucho más rápido cuando Jarosław Kaczyński intentó aprobar una reforma similar en el 2017, reduciendo la edad de jubilación de los jueces polacos de setenta a sesenta y cinco años<sup>83</sup>. La Comisión Europea inició inmediatamente un procedimiento de infracción ante el TJUE, que primero dictó una orden de suspensión de la aplicación de la ley nacional en cuestión<sup>84</sup> y, posteriormente, declaró que la reforma de Kaczyński vulneraba el Derecho de la UE<sup>85</sup>. Esta rápida reacción contribuyó a evitar la jubilación prematura de al menos algunos jueces

---

<sup>78</sup> Maria Popova, *Politicized Justice in Emerging Democracies* (2012).

<sup>79</sup> Tomás Gyulavári & Nikolett Hős, *Retirement of Hungarian Judges, Age Discrimination and Judicial Independence: A Tale of Two Courts*, 42 Indus. L.J. 289 (2013); Uladzislau Belavusau, «On Age Discrimination and Beating Dead Dogs: Commission v. Hungary», 50 Common Mkt. L. Rev. 1145 (2013).

<sup>80</sup> Gábor Halmai, «The Early Retirement Age of the Hungarian Judges», en *EU Law Stories: Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence* 471, 482-3, 486-8 (Fernanda Nicola & Bill Davies eds., 2017).

<sup>81</sup> Véase además el asunto C-286/12, Eur. Comm'n v. Hungary, ECLI:EU:C:2012:687 (6 de noviembre del 2012).

<sup>82</sup> Halmai, *supra* nota 80.

<sup>83</sup> Zoll & Wortham, *supra* nota 66; Sadurski, *supra* nota 11.

<sup>84</sup> Véase además el asunto C-619/18, Eur. Comm'n v. Poland, ECLI:EU:C:2019:531 (24 de junio de 2019).

<sup>85</sup> Véase además id. (en relación con el Tribunal Supremo); Asunto C-192/18, Eur. Comm'n v. Poland, ECLI:EU:C:2019:924 (5 de noviembre de 2019) (en relación con los jueces de los tribunales generales).

polacos<sup>86</sup> y, lo que es más importante, restituyó en su cargo a la presidente del Tribunal Supremo polaco, Małgorzata Gersdorf.

Sin embargo, ni Orbán ni Kaczyński inventaron esta técnica. Ya se utilizó en 1977 en Bangladesh, cuando se aprobó una norma que rebajaba la edad de jubilación de los jueces de sesenta y cinco a sesenta y dos años con efecto inmediato, lo que llevó a la destitución instantánea de varios magistrados<sup>87</sup>. Más recientemente, en el 2019, la Administración de Bolsonaro presentó una propuesta para reducir la edad de jubilación de los jueces, con el fin de proporcionar nuevas nominaciones al Tribunal Supremo de Brasil<sup>88</sup>. Así que se ha convertido en un verdadero fenómeno global.

#### ***b) La supresión de la titularidad vitalicia o el acortamiento del periodo limitado***

Una variación de esta técnica es la eliminación de la titularidad vitalicia, que introduce una edad de jubilación obligatoria para los jueces en aquellos sistemas que no la han reconocido previamente. Tal reforma puede ser legítima, pero si se adopta abruptamente sin ninguna disposición temporal para los jueces en ejercicio, su efecto es esencialmente el mismo que la reducción de la edad de jubilación. Por otro lado, un ejemplo de una abolición obviamente legítima de la titularidad vitalicia es la Ley de Pensiones Judiciales británica de 1959, que introdujo una edad de jubilación obligatoria para los jueces (setenta y cinco años), pero que solo se aplicó a los jueces recién nombrados: el último juez que ocupó un cargo vitalicio fue Lord Denning, que dimitió de su cargo en 1982 a la edad de ochenta y tres años<sup>89</sup>. En aras de la exhaustividad, en aquellos países donde los jueces son nombrados por un periodo limitado, basta con acortar dicho periodo. Dado que en la mayoría de los países los jueces de los tribunales ordinarios son vitalicios o permanecen en el cargo hasta que alcanzan la edad de jubilación obligatoria, esta técnica sería aplicable principalmente a los jueces de los tribunales constitucionales o de los tribunales especiales, que normalmente solo son nombrados por un periodo limitado.

#### ***c) Investigación de antecedentes***

Una técnica diferente que también tiene como meta un gran número de jueces es la investigación de antecedentes, que se produce normalmente en los países que experimentan

---

<sup>86</sup> Petra Bárd & Anna Sledzinska-Simon, On the Principle of Irremovability of Judges Beyond Age Discrimination: Commission v. Poland», 57 Common Mkt. L. Rev. 1555 (2020).

<sup>87</sup> Shimon Shetreet, «Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges», en *Judicial Independence: The Contemporary Debate* 590, 607 (Shimon Shetreet & Jules Deschênes eds., 1985).

<sup>88</sup> Katya Kozicki & Rick Pianaro, «From Hardball to Packing the Court: “PEC do Pyjama” and the Attempt to Attack the Brazilian Supreme Court», en *Democracy 2020: Assessing Constitutional Decay, Breakdown, and Renewal Worldwide* 59 (Tom Gerald Daly & Wojciech Sadurski eds., 2020), [www.iacl-democracy-2020.org/ebook](http://www.iacl-democracy-2020.org/ebook)

<sup>89</sup> Clare Dyer, Lord Denning, «Controversial “People's Judge”, Dies Aged 100», *The Guardian* (6 de marzo de 1999), [www.theguardian.com/uk/1999/mar/06/claredyer1](http://www.theguardian.com/uk/1999/mar/06/claredyer1). No estamos diciendo, sin embargo, que solo este tipo de abolición de los cargos vitalicios sea legítima. Un sistema escalonado en el que los jueces en activo abandonen la magistratura gradualmente en el futuro sin la garantía que permanezcan en el cargo por vida también podría funcionar.

una transición de régimen (es decir, la investigación de antecedentes de los jueces por su participación en el régimen anterior y su lealtad a este), como parte de los procesos de depuración<sup>90</sup>. Los procedimientos de investigación de antecedentes transitorios dirigidos a los jueces se consideran, en gran medida, legítimos, incluso por parte de la comunidad internacional<sup>91</sup>. Un ejemplo típico de este tipo de depuración fue obligar a todos los jueces de la antigua RDA a volver a solicitar sus puestos tras la reunificación de Alemania<sup>92</sup>, así como también la Ley de Depuración checa<sup>93</sup>. Un ejemplo más reciente y problemático de depuración es la Ley de Depuración ucraniana, adoptada tras la caída del régimen de Viktor Yanukóvich<sup>94</sup>. Un caso evidente de uso indebido de la legislación de depuración para deshacerse de jueces recalitrantes mucho después de la caída de un régimen totalitario es el caso en Macedonia de la destitución del presidente del Tribunal Constitucional, Trendafil Ivanovski<sup>95</sup>.

Algunas publicaciones<sup>96</sup>, especialmente de países poscomunistas, sugieren que en los Estados que no investigaron a sus jueces por razones pragmáticas (muy pocos jueces en general, tribunales operativos necesarios para ayudar en la transición, etc.), la depuración sigue resurgiendo como un comodín utilizado por los políticos (por ejemplo, en Polonia y Eslovaquia) para dañar la confianza pública en los tribunales y deslegitimarlos<sup>97</sup>. La evaluación de si el uso de la depuración y la investigación de antecedentes equivale al *court-packing* es, por tanto, sumamente difícil y requiere una secuencia cuidadosa y una lectura contextual de cada caso. La misma observación es válida para cualquier otra técnica de transición, como la retención de jueces o su nuevo nombramiento tras la caída de un régimen no democrático<sup>98</sup>.

---

<sup>90</sup> Robertson, nota 12 *supra*; Neil Siegel, «The Anti-Constitutionality of Court-Packing, Balkanization» (26 de mar, 2019), [https://balkin.blogspot.com/2019/03/the-anti-constitutionality-of-court\\_36.html](https://balkin.blogspot.com/2019/03/the-anti-constitutionality-of-court_36.html)

<sup>91</sup> Véase Comisión de Venecia, Final Opinion on the Law on Government Cleansing (Lustration Law) of Ukraine (Final Opinion on the Law on Government Cleansing (Lustration Law) of Ukraine (19 de junio de 2015), 19, 2015), [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2015\)012-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2015)012-e); Polyakh & Ors. c. Ucrania, Ap. No. 58812/15, Eur. Ct. H.R., <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-196607>; Konstantsin Dzehtsiarou, Lustration in Ukraine: Political Cleansing or a Tool of Revenge?, Verfassungsblog (junio 26, 2015), <https://verfassungsblog.de/lustration-in-ukraine-political-cleansing-or-a-tool-of-revenge/>

<sup>92</sup> Blankenburg, nota 14 *supra*.

<sup>93</sup> Kosař & Šipulová, nota 13 *supra*.

<sup>94</sup> Yuliya Zabyelina, «Lustration Beyond Decommunization: Responding to the Crimes of the Powerful in Post-Euromaidan Ucraina», 6 *State Crime J.* 55 (2017).

<sup>95</sup> Véase además Ivanovski v. Macedonia, App. No. 29908/11, Eur. Ct. H.R., <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-160219>.

<sup>96</sup> David Kosař, «The Least Accountable Branch», 11 *Int'l J. Const. L.* 234, 250-5 (2013); Kosař & Šipulová, *supra* nota 13.

<sup>97</sup> Kosař, nota 93 *supra*.

<sup>98</sup> Donald P. Kommers, «Autonomy Versus Accountability: The German Judiciary», en *Judicial Independence in the Age of Democracy: Critical Perspectives From Around the World* 131, 132-3 (Peter H. Russell & David M. O'Brian eds., 2011); David Kosař, *Perils of Judicial Self-Government in Transitional Societies* (2016).

## b) *Disciplina abusiva*

Un tipo más individualizado de estrategia de intercambio es implementar una disciplina abusiva a los jueces o amenazar con hacerlo. Las purgas de jueces aparecen sobre todo en relación con golpes de Estado exitosos o fracasados. En otras palabras, los líderes políticos optan por castigar a los jueces mediante procedimientos disciplinarios cuando se sienten amenazados por sus decisiones<sup>99</sup>. Aunque es típico de los líderes de regímenes semiautoritarios y autoritarios, la disciplina abusiva también fue empleada con frecuencia por las democracias europeas jóvenes y democracias en retroceso. La disciplina selectiva estaba muy extendida en Eslovaquia en la década del 2010<sup>100</sup>.

El ejemplo más extremo es el abuso generalizado de los procedimientos disciplinarios por parte del Gobierno polaco desde el 2017<sup>101</sup>. Lo preocupante de que Kaczyński emplee procedimientos disciplinarios contra jueces que se oponen a sus reformas judiciales es que utiliza la recién creada sala disciplinaria del Tribunal Supremo, repleta de jueces nombrados por el Gobierno de Ley y Justicia. El arquetipo de la intimidación de jueces por parte del Gobierno es el caso de Waldemar Żurek, portavoz del antiguo Consejo Nacional de la Magistratura, que se enfrentó a un procedimiento disciplinario porque, tras haber sido trasladado a una sección recién creada del tribunal, el juez lo consideró una venganza personal y se negó a seguir juzgando<sup>102</sup>. En otro caso, la juez Dorota Lutostanska se enfrentó a un procedimiento disciplinario tras aparecer en la celebración del centenario de la independencia polaca con una camiseta con la inscripción «Constitución». El caso de otra juez polaca, Alina Czubieniak, sacudió aún más profundamente las filas judiciales. Czubieniak se enfrentó a un proceso disciplinario tras emitir una decisión en la que declaraba que no se había garantizado el derecho a un juicio justo a un discapacitado mental acusado de acosar a una niña de nueve años<sup>103</sup>. El abuso de los procedimientos disciplinarios en Polonia llegó tan lejos que un par de jueces fueron sometidos a un procedimiento disciplinario por enviar una cuestión prejudicial al TJUE<sup>104</sup>. También en Rumanía existen amenazas similares de disciplina abusiva contra los jueces<sup>105</sup>.

---

<sup>99</sup> Por lo general, las medidas disciplinarias abusivas pueden dar lugar a diversas sanciones contra un juez, como la amonestación, deducciones salariales, traslado a otro tribunal y destitución.

<sup>100</sup> Kosař, nota 96 *supra*.

<sup>101</sup> Katarzyna Gajda-Roszczyńska & Krystian Markiewicz, «Disciplinary Proceedings as an Instrument for Breaking the Rule of Law in Poland», 12 *Hague J. Rule L.* 451 (2020).

<sup>102</sup> Véase Żurek c. Polonia, Ap. No. 39650/18, Eur. Ct. H.R. (pendiente).

<sup>103</sup> Piotr Mikuli, «Attacking Judicial Independence Through New “Disciplinary” Procedures» en *Polonia, I-Connect Blog* (9 de abril del 2019), [www.i-connectblog.com/2019/04/attacking-judicial-independence-through-new-disciplinary-procedures-in-poland/](http://www.i-connectblog.com/2019/04/attacking-judicial-independence-through-new-disciplinary-procedures-in-poland/); Marek Strzelecki, «Poland Starts to Discipline Judges Criticizing Court Reforms», Bloomberg (11 de septiembre de 2018), [www.bloomberg.com/news/articles/2018-09-11/polonia-comienza-a-disciplinar-jueces-que-criticaron-reformas-judiciales](http://www.bloomberg.com/news/articles/2018-09-11/polonia-comienza-a-disciplinar-jueces-que-criticaron-reformas-judiciales).

<sup>104</sup> Laurent Pech y Patryk Wachowiec, «1460 Days Later: Rule of Law in Poland R.I.P.». (Part I), *Verfassungsblog* (13 de enero del 2020), <https://verfassungsblog.de/1460-days-later-rule-of-law-in-poland-r-i-p-part-i/>; Laurent Pech & Patryk Wachowiec, «1460 Days Later: Rule of Law in Poland R.I.P.». (Part II), *Verfassungsblog* (enero 15, del 2020), <https://verfassungsblog.de/1460-days-later-rule-of-law-in-poland-r-i-p-part-ii/>. Véase también Asuntos acumulados C-558/18 y C/563/18, Miasto Łowicz v. Prokurator Generalny, ECLI:EU:C:2020:234 (26 de marzo del 2020)

<sup>105</sup> Véase Madalina Moraru & Raluca Bercea, «The Asociația „Forumul Judecătorilor din România” Case: The First Episode of the Romanian Rule of Law Saga Before the Court of Justice of the European Union», 18 *Eur. Const. L. Rev.* (2022).

### **c) Destitución abusiva**

Una variante de los procedimientos disciplinarios es la destitución abusiva, más frecuente en América Latina. Por ejemplo, en Bolivia, la destitución en 1992 de varios magistrados del Tribunal Constitucional fue una represalia directa contra los magistrados que se atrevieron a fallar en contra del intento del presidente de ser reelegido para un tercer mandato consecutivo<sup>106</sup>. Del mismo modo, el presidente venezolano Hugo Chávez utilizó el juicio político contra jueces recalcitrantes<sup>107</sup>. En mayo del 2021, la Asamblea Legislativa de El Salvador, controlada por el partido de Nayib Bukele, destituyó a cinco magistrados de la Sala Constitucional de la Corte Suprema en su primer día de mandato<sup>108</sup>. En las democracias consolidadas también hay ejemplos de destituciones controvertidas, pero se remontan a varios siglos atrás, como el intento de destituir en 1804 al juez del Tribunal Supremo estadounidense Samuel Chase por motivos ideológicos<sup>109</sup>. Sin embargo, la destitución abusiva también se ha empleado en Asia, donde el presidente Duterte de Filipinas la utilizó en el 2018 para destituir a su crítica, la presidente del Tribunal Supremo María Lourdes Sereno<sup>110</sup>. El Gobierno de Rajapaksa en Sri Lanka hizo lo mismo en el 2013, cuando logró destituir al presidente del Tribunal Supremo<sup>111</sup>.

### **d) Proceso penal abusivo**

En algunos casos, los dirigentes políticos van aún más lejos y, en lugar de disciplinar, optan por el proceso penal abusivo contra los jueces. Esta técnica es, de nuevo, típica de los regímenes no democráticos. Por ejemplo, el régimen comunista checoslovaco procesó con éxito a varios jueces por despreciar la legalidad socialista en su toma de decisiones y no seguir las órdenes del Partido Comunista<sup>112</sup>, principalmente para sembrar el miedo entre los jueces y amansarlos. Más recientemente, Hugo Chávez utilizó el proceso penal contra tres jueces del Tribunal Supremo de Venezuela para presionarles y recordarles la importancia de cómo decidir sobre la aplicabilidad de un referéndum<sup>113</sup>.

Sin embargo, lo más frecuente es que se haya abusado de la técnica del proceso penal contra los jueces tras golpes de Estado fallidos. Un buen ejemplo es la purga generalizada de miles de jueces tras el fallido golpe de Estado del 2016 en Turquía<sup>114</sup>. Tras el golpe, el Gobierno turco declaró el

---

<sup>106</sup> Helmke, nota 55 *supra*.

<sup>107</sup> Taylor, *supra* nota 4.

<sup>108</sup> José Ignacio Hernández, «The Mass Removal of Constitutional Judges in El Salvador: A New Case of Constitutional Authoritarian-Populism», *I•Connect Blog* (14 de mayo de 2021), [www.iconnectblog.com/2021/05/the-mass-removal-of-constitutional-judges-in-el-salvador-a-new-case-of-constitutional-authoritarian-populism/](http://www.iconnectblog.com/2021/05/the-mass-removal-of-constitutional-judges-in-el-salvador-a-new-case-of-constitutional-authoritarian-populism/).

<sup>109</sup> Adam A. Perlin, «The Impeachment of Samuel Chase: Redefining Judicial Independence», 62 *Rutgers L. Rev.* 725 (2010).

<sup>110</sup> A.F. Tissa Fernando, «Procedure for Removal of Superior Court Judges in Sri Lanka and the Issue of “Quis Custodiet Ipsos Custodes?”», 39 *Cth. L. Bull.* 717 (2013).

<sup>111</sup> David Steelman, «Judicial Independence in a Democracy: Reflections on Impeachments in America and the Philippines», 9 *Int'l J. Ct. Admin.* 1 (2018).

<sup>112</sup> Vorel y otros, *supra* nota 33.

<sup>113</sup> Taylor, *supra* nota 4.

<sup>114</sup> Tarik Olcay, Firing Bench-Mates: «The Human Rights and Rule of Law Implications of the Turkish Constitutional Court's Dismissal of Its Two Members». Case Note, 13 *Eur. Const. L. Rev.* 568 (2017).

estado de emergencia, lo que permitió al Consejo de Ministros aprobar varios decretos ley<sup>115</sup>. Decenas de jueces y funcionarios judiciales fueron arrestados, y muchos de ellos aún permanecen recluidos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) dictaminó que la detención de jueces turcos violaba el Convenio Europeo de Derechos Humanos y subrayó que el estado de excepción no daba carta blanca al Gobierno para llevar a cabo detenciones arbitrarias y violaciones de los compromisos adquiridos en materia de derechos humanos<sup>116</sup>.

Un segundo escenario en el que los líderes políticos suelen recurrir a los procesos abusivos es la represalia contra una decisión concreta o la disuasión preventiva de los jueces. Estos ejemplos abundan en todo el mundo. Por ejemplo, el procesamiento de cinco jueces malayos en 1988 por tomar decisiones contrarias a los intereses del Gobierno en funciones<sup>117</sup>; el procesamiento en el 2002 de jueces ucranianos que intentaron abrir una investigación penal contra el presidente Kuchma<sup>118</sup>; la amenaza de Chávez de procesar a los magistrados del Tribunal Supremo de la cámara electoral en el 2004<sup>119</sup>, o el caso del presidente del Tribunal Constitucional polaco, al que se amenazó con procesar penalmente tras negarse a aceptar a los tres magistrados adicionales elegidos por el Gobierno de Ley y Justicia, cuyo nombramiento, el Tribunal había considerado inconstitucional<sup>120</sup>.

#### ***e) Despido abusivo***

Otra técnica de intercambio es el despido abusivo de un juez mediante un procedimiento distinto de la destitución, del proceso penal o del procedimiento disciplinario. Este despido atípico es inaceptable en los países democráticos y podemos encontrar ejemplos de su uso principalmente en regímenes autoritarios y totalitarios. Por ejemplo, en 1969 el Gobierno egipcio despidió a un gran número de jueces por su negativa a afiliarse al partido político gobernante mediante una combinación de remoción de jueces y reorganización del sistema judicial, lo que llevó a la destitución de 189 jueces en un proceso de nuevo nombramiento<sup>121</sup>. Otros ejemplos de despidos arbitrarios pueden encontrarse especialmente en las Américas<sup>122</sup>. En 1999, Hugo Chávez destituyó

---

<sup>115</sup> Véase Turk. Const. 1982, art. 121, numeral. 3 (en el que se establece la facultad de dictar decretos-leyes en el estado de emergencia).

<sup>116</sup> Véase además Hakan Baş c. Turquía, App. No. 66448/17, Eur. Ct. H. R., <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-201761>

<sup>117</sup> Geoffrey Robertson, «Malasia: Justice Hangs in the Balance», *Ctr. for Independence Judges & Lawyers*, No. 22, en 8 (Oct. 1988), [www.icj.org/wp-content/uploads/2013/10/CIJL-Bulletin-22-1988-eng.pdf](http://www.icj.org/wp-content/uploads/2013/10/CIJL-Bulletin-22-1988-eng.pdf)

<sup>118</sup> Iryna Budz, «What Prevents Ukrainian Judiciary From Becoming Truly Effective and Independent?», VOX Ucrania (24 de julio del 2019), <https://voxukraine.org/en/what-prevents-ukrainian-judiciary-from-becoming-truly-effective-and-independent/>

<sup>119</sup> Taylor, *supra* nota 4.

<sup>120</sup> Dariusz Mazur & Waldemar Żurek, «So-called “Good Change” in the Polish System of the Administration of Justice», *Rule Of Law.pl* (6 de octubre del 2017), <https://ruleoflaw.pl/so-called-good-change-in-the-polish-system-of-the-administration-of-justice/>

<sup>121</sup> Véase Adel Omar Shefil, «Attacks on the Judiciary: Judicial Independence Reality of Fallacy», 6 *Y.B. Islamic & Middle E. L.* en xxxi (1999-2000); Shams Al Din Al Hajjaji, *Form of Reform: Judicial Reform in Egypt: Lesson from the Developed Countries* (2016) (tesis doctoral inédita, Univ. Cal., Berkley) (en los archivos de los autores).

<sup>122</sup> Aníbal Pérez-Liñán, Barry Ames y Mitchell A. Seligson, «Strategy, Careers, and Judicial Decisions: Lessons from the Bolivian Courts», 68 *J. Pol.* 284 (2006); Castagnola, *supra* nota 19.

a 190 jueces por diversos motivos<sup>123</sup>. Solo cinco años después, destituyó también al vicepresidente del Tribunal Supremo de Venezuela<sup>124</sup>. En el 2005, el presidente interino de Haití, Boniface Alexandre, «jubiló» a cinco jueces del Tribunal Supremo antes de que ninguno hubiera cumplido sus diez años de mandato<sup>125</sup>. En el 2014, la coalición gobernante del presidente Gutiérrez en Ecuador destituyó por mayoría simple en el Congreso a los treinta y un magistrados de la Corte Suprema<sup>126</sup>.

Los recientes acontecimientos en Turquía demuestran que la remoción abusiva de jueces también puede darse en el seno del Consejo de Europa. El primer decreto adoptado por el régimen de Recep Tayyip Erdoğan en el estado de emergencia del 2016 permitía al Tribunal Constitucional destituir a cualquiera de sus miembros por estar vinculado a un grupo terrorista<sup>127</sup>. La interpretación de la constitucionalidad de la disposición suscita cierta controversia<sup>128</sup>. Sin embargo, el Tribunal Constitucional destituyó arbitrariamente a dos jueces, Alparslan Altan y Erdal Tercan, por su presunta vinculación con una organización terrorista y les prohibió ejercer la profesión judicial<sup>129</sup>.

#### **f) Dimisión forzosa**

En cambio, la dimisión forzosa pertenece a las técnicas de intercambio, que son más difíciles de discernir. También se da típicamente en América Latina, sobre todo en regímenes políticos inestables en los que los líderes políticos se sienten amenazados por la creciente oposición<sup>130</sup>. Por ejemplo, en el 2004, Hugo Chávez obligó a dimitir a tres magistrados del tribunal electoral del Tribunal Supremo de Venezuela, amenazándoles con la destitución o el proceso penal<sup>131</sup>. Un año después, en el 2005, Evo Morales obligó a dimitir a la mayoría de los jueces del Tribunal Supremo y Constitucional de Bolivia. En Argentina se utilizó una técnica similar<sup>132</sup>. Otro ejemplo famoso es el de Bolivia, donde el presidente Melgarejo dejó de pagar los salarios de los jueces del Tribunal Supremo durante tanto tiempo que obligó a dimitir a todo el Tribunal Supremo, excepto a su presidente<sup>133</sup>. Los líderes políticos pueden utilizar diversas amenazas para forzar la dimisión, como chantajear a los jueces con amenazas contra sus familiares, recortar salarios, prestaciones de jubilación u otros beneficios monetarios, o interferir en sus derechos de propiedad.

#### **g) Gratificación por despido**

A veces, el Ejecutivo también intenta utilizar la recompensa en vez del castigo para obtener el resultado deseado. Un ejemplo típico es la dimisión «voluntaria» provocada por el ofrecimiento a

---

<sup>123</sup> Taylor, *supra* nota 4.

<sup>124</sup> *Id.*

<sup>125</sup> Kevin Costello, «Supreme Court Politics and Life Tenure: A Comparative Inquiry», 71 *Hastings L.J.* 1153, 1166 (2020).

<sup>126</sup> Castagnola, nota 19 *supra*.

<sup>127</sup> Decreto Ley n.º 667 sobre las medidas a adoptar en el marco del estado de excepción (23 de julio de 2016) (Tur.).

<sup>128</sup> Olcay, *supra* nota 114.

<sup>129</sup> *Id.*

<sup>130</sup> Castagnola, *supra* nota 19.

<sup>131</sup> Taylor, *supra* nota 4.

<sup>132</sup> Castagnola, *supra* nota 19.

<sup>133</sup> Gretchen Helmke & Julio Ríos-Figueroa, *Tribunales en América Latina* (2011).

los jueces de una «gratificación por despido». Dicha gratificación puede incluir el ascenso a un tribunal superior, a un cargo en el Ejecutivo o incluso en una organización internacional. A veces puede adoptar la forma de otro puesto de trabajo seguro o incluso con beneficios económicos. Los líderes políticos también pueden caer en la tentación de motivar a los jueces para que dimitan prematuramente con la promesa de pensiones más altas. Es simplemente el lado recompensa del castigo de la jubilación anticipada forzosa por ley. Esta técnica también es difícil de identificar, pero se ha aplicado con éxito en Argentina<sup>134</sup> así como en Polonia<sup>135</sup>. Sin embargo, también es fácil encontrar ejemplos en otras regiones. En 1965, Arthur Goldberg dimitió del Tribunal Supremo de EE.UU. y aceptó el nombramiento del presidente Johnson como Embajador ante las Naciones Unidas, dejando vacante el puesto para Abe Fortas, íntimo amigo de Johnson<sup>136</sup>. El carácter insidioso de esta técnica es que la única salvaguardia contra ella es la integridad moral de los jueces a los que se ofrece la gratificación por despido.

### **j) Nombramiento prematuro**

Otra técnica que no depende de la renuncia de los jueces, pero que da al Ejecutivo la oportunidad de seleccionar a su propio candidato, es el nombramiento prematuro. Algunos Gobiernos, conscientes de que pueden perder unas elecciones inminentes, intentan asegurarse unos tribunales amistosos y alineados mediante el nombramiento prematuro de nuevos jueces, cuando los jueces cuyo mandato está a punto de terminar todavía están en funciones (los llamamos «jueces patos cojos» o jueces salientes).

En Polonia, por ejemplo, se produjo un nombramiento prematuro en el 2015, cuando el Gobierno de la Plataforma Cívica seleccionó a dos magistrados del Tribunal Constitucional para sustituir a los «jueces patos cojos», cuyos mandatos no finalizarían hasta después de las elecciones parlamentarias del 2015, que finalmente perdió la Plataforma Cívica. Esta elección preventiva (y más tarde confirmada como inconstitucional<sup>137</sup>) de jueces por parte del Gobierno pato cojo estaba claramente motivada por el miedo a perder las elecciones y respondía al creciente apoyo público al partido populista Ley y Justicia. Sin embargo, esta estrategia resultó contraproducente. En lugar de sesgar la composición del Tribunal Constitucional, este «pecado original»<sup>138</sup> instigó (y también legitimó en parte) la venganza de Kaczyński contra la Plataforma Cívica tras las elecciones<sup>139</sup>.

---

<sup>134</sup> Castagnola, nota 19 *supra*.

<sup>135</sup> Ewa Siedlecka, Sędzia Andrzej Wróbel odchodzi z «Trybunału Konstytucyjnego: PiS obsadzi kolejne miejsce», *Gazeta Wyborcza* (25 de enero del 2017), <http://wyborcza.pl/7,75398,21289466,sedzia-andrzej-wrobelodchodzi-z-trybunalu-konstytucyjnego.html>. Téngase en cuenta que la dimisión de Andrzej Wróbel, magistrado del Tribunal Constitucional polaco, en enero del 2017 permitió al partido gobernante «Ley y Justicia» nombrar a su octavo juez (un juez oscilante en la jerga estadounidense, véase Enns & Wohlfarth, nota 26 *supra*) y obtener la mayoría en el Tribunal de quince miembros.

<sup>136</sup> David A. Kaplan, «The Reagan Court: Child of Lyndon Johnson?», *N.Y. Times* (4 de septiembre de 1989), [www.nytimes.com/1989/09/04/opinion/the-reagan-court-child-of-lyndon-johnson.html](http://www.nytimes.com/1989/09/04/opinion/the-reagan-court-child-of-lyndon-johnson.html)

<sup>137</sup> Tribunal Const. Tribunal, Caso núm. 34/14 (3 de diciembre de 2015).

<sup>138</sup> Lech Garlicki, Disabling the Constitutional Court in Poland, en *Transformation of Law Systems in Central, Eastern and Southeastern Europe in 1989-2015* at 63, 65-6 (Andrzej Szmyt & Bogusław Banaszak eds., 2016). Véase también Aleksandra Gliszczyńska-Grabias & Wojciech Sadurski, *The Judgment That Wasn't (But Which Nearly Brought Poland to a Standstill)*, 17 *Eur.Const. L. Rev.* 130 (2021).

<sup>139</sup> Hablamos de la vendetta de Kaczyński en el marco de la frustración del proceso de selección en la sección 3.2 anterior.

Dicho esto, la naturaleza ilegítima de esta técnica es a menudo difícil de identificar debido a la existencia de convenciones constitucionales, diversas normas y prácticas no escritas y acuerdos entre caballeros que determinan con cuánta antelación se pueden seleccionar nuevos jueces para sustituir a los «jueces patos cojos».

#### ***h) Uso de la violencia y agresiones físicas***

La técnica más burda para obligar a los jueces a dimitir es (la amenaza en) el uso de la violencia. Por lo tanto, la violencia explícita suele seguir a una decisión judicial que amenaza directamente al Ejecutivo o al principal partido político. Varios regímenes de África y América Latina han empleado esta técnica, sobre todo como represalia por el proceso a altos miembros del Ejecutivo o miembros de la policía y los militares. Un buen ejemplo es el asesinato del vicepresidente del Consejo Constitucional de Senegal, Babacar Sèye, durante el primer año de actividad del tribunal. Le dispararon cuando el Consejo Constitucional se disponía a verificar los resultados definitivos de las elecciones parlamentarias<sup>140</sup>. Del mismo modo, el régimen de Idi Amin secuestró y asesinó al primer presidente del Tribunal Supremo de Uganda, Benedict Kiwanuka<sup>141</sup>. También en Madagascar se produjeron violentos ataques contra jueces tras la revisión de las elecciones presidenciales del 2001<sup>142</sup>. Hay muchos ejemplos similares en la historia de Guatemala, El Salvador y Colombia, cuyo poder judicial estuvo plagado de numerosos asesinatos judiciales entre 1979 y 1991<sup>143</sup>.

Los jueces suelen enfrentarse a la violencia también durante las revoluciones constitucionales y los cambios de régimen. Por ejemplo, la caída de la dictadura de Fulgencio Batista en Cuba y la llegada al poder de Fidel Castro en 1959 provocó la renovación casi completa de las jerarquías judiciales, ya que muchos jueces de rango medio alto huyeron al exilio incluso antes de la revolución. Esto permitió a Castro asegurarse un Tribunal Supremo completamente leal muy poco después de asumir el poder<sup>144</sup>.

#### **4. ¿Puede ser legítimo el *court-packing*?**

¿Qué hace tan tentador para los líderes políticos el *court-packing*? La plétora de ejemplos de la sección anterior tiene cuatro determinantes comunes. En primer lugar, en comparación con otras medidas para frenar a los tribunales, el *court-packing* no suele incapacitar a los tribunales, sino que los convierte en un arma poderosa. Esto quedó bien ilustrado por la investigación empírica que mostró cómo el ampliado Tribunal Constitucional polaco apoyaba sistemáticamente las políticas

---

<sup>140</sup> Mariana Llanos y otros, «Informal Interference in the Judiciary in New Democracies: A Comparison of Six African and Latin American Cases», 23 *Democratization* 1236 (2015).

<sup>141</sup> «Remembering Benedicto Kiwanuka», *Judiciary Insider*, No. 11 (Sept. 2018), <http://judiciary.go.ug/files/publications/JudiciaryInsiderIssue11webversion.pdf>.

<sup>142</sup> Llanos, *supra* note 140.

<sup>143</sup> Int'l Comm'n Jurists, Justice for Justice: Violence Against Judges and Lawyers in Colombia 1979–1991 (July 1992), [www.icj.org/wp-content/uploads/2013/05/Colombia-violence-against-judges-and-lawyers-thematic-report-1992-eng.pdf](http://www.icj.org/wp-content/uploads/2013/05/Colombia-violence-against-judges-and-lawyers-thematic-report-1992-eng.pdf).

<sup>144</sup> Nuno Garoupa & Maria A. Maldonado, «The Judiciary in Political Transitions: The Critical Role of U.S. Constitutionalism in Latin America», 19 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 593 (2011).

de Kaczyński<sup>145</sup> y cómo el Tribunal Supremo estadounidense se polarizó hacia el conservadurismo<sup>146</sup>. En segundo lugar, el *court-packing* tiene resultados inmediatos. Los líderes políticos que deciden reajustar los tribunales consiguen rápidamente una mayoría favorable y un cambio decisivo en la inclinación ideológica del tribunal reajustado. Es una de las pocas técnicas jurídicas que pueden dar lugar a un cambio inmediato de los magistrados. En tercer lugar, es difícil de revertir, ya que los jueces recién nombrados están protegidos por la independencia judicial. Hemos visto en repetidas ocasiones lo difícil que es reinstaurar a los jueces destituidos en sus cargos, incluso bajo la presión de los tribunales internacionales y supranacionales<sup>147</sup>. Por ejemplo, a pesar de la sentencia favorable del TJUE, que consideró que la reducción abrupta de la edad de jubilación obligatoria de los jueces húngaros infringía la legislación de la UE<sup>148</sup>, los jueces destituidos no pudieron reincorporarse inmediatamente al cuerpo judicial y no pudieron ser reincorporados a sus anteriores cargos administrativos (como presidentes y vicepresidentes de tribunales)<sup>149</sup>. Por último, sostenemos que el *court-packing* es, en realidad, menos llamativo que las prácticas de inhibición, ya que muchas de sus técnicas no son fácilmente reconocibles o se basan en normas de contención<sup>150</sup>.

Pero lo que hace que al *court-packing* un fenómeno especialmente interesante de estudiar es la delgada línea que divide las reconstrucciones legítimas e ilegítimas de la judicatura. La historia nos ha demostrado que la ampliación de los tribunales o las purgas judiciales a gran escala pueden estar a veces justificadas o incluso ser necesarias, y pueden aumentar la legitimidad de los tribunales en lugar de disminuirla. Por ejemplo, nadie cuestionó realmente la legitimidad de las purgas en los poderes judiciales de los países de Europa Central y Oriental tras la caída de los regímenes comunistas. En realidad, los estudiosos lamentaron en varias oportunidades el hecho de que estas purgas deberían haber sido más amplias<sup>151</sup>. El aumento y la reducción del número de miembros en los tribunales tras el fin de los regímenes autoritarios y militares también tuvo lugar en América Latina, y algunos de estos ejemplos de *court-packing* tampoco se percibieron como ilegítimos, al menos al principio<sup>152</sup>. Sin embargo, ¿cómo distinguir entre los ejemplos legítimos e ilegítimos de *court-packing*? ¿Pueden ser legítimos los cambios en la composición de los tribunales que se califican de *court-packing*?

El debate actual en torno a las peticiones de ampliación del Tribunal Supremo de EE.UU. nos da un buen ejemplo de lo complicada y fragmentada que es la comprensión normativa subyacente del *court-packing*. Desde la Segunda Guerra Mundial, el *court-packing* no se ha debatido en ninguna

---

<sup>145</sup> Sadurski, *supra* note 11.

<sup>146</sup> Ryan Doerfler & Samuel Moyn, *Democratizing the Supreme Court*, 109 Cal. L. Rev. 1 (2020). Véase también Varol, Pellegrina, & Garoupa, *supra* nota 5 (sobre Turquía).

<sup>147</sup> Sin embargo, a veces funciona. Por ejemplo, el juez del Tribunal Supremo de Ucrania Oleksandr Volkov fue readmitido tras la sentencia del TEDH en el caso Volkov contra Ucrania, App. No. 21722/11 (9 de enero del 2013), <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-115871>

<sup>148</sup> Caso C-286/12, Eur. Comm'n v. Hungary, ECLI:EU:C:2012:687 (de noviembre del 2012).

<sup>149</sup> Halmai, *supra* nota 80.

<sup>150</sup> Steven Levitsky & Daniel Ziblatt, *How Democracies Die* (2018).

<sup>151</sup> Véase *supra* texto que acompaña las notas 90–8.

<sup>152</sup> Daly, *supra* nota 10.

democracia consolidada con tanta urgencia<sup>153</sup> y con tantas voces firmes a favor de su aplicación como en Estados Unidos a principios de la década del 2020. El fallecimiento de Ruth Bader Ginsburg permitió al presidente Donald Trump una rara ventana de oportunidades para reforzar significativamente su mayoría conservadora en el Tribunal Supremo pocas semanas antes de las elecciones presidenciales que finalmente perdió. Los partidarios del *court-packing* no solo abogan por un tribunal políticamente equilibrado, sino que también citan una serie de jurisprudencia del Tribunal Supremo en la que se argumenta que su propia legitimidad está en peligro, ya que está demasiado influenciada por la política partidista<sup>154</sup>. Pero también en Europa resuenan voces que abogan por un *court-packing* justificado y «apropiado» como respuesta a los ataques antiliberales contra los poderes judiciales de Europa Central y Oriental (ECE). Incluso académicos por lo demás moderados que creen que responder a la violación de las normas democráticas con otra violación conduce a la erosión de todo el sistema, sostienen ahora que hay raras ocasiones «en las que la única forma de salvar la democracia es combatir el fuego con fuego»<sup>155</sup>.

Sin embargo, el debate actual está demasiado influido por la academia estadounidense, que responde a un contexto muy específico de Estados Unidos. Los jueces del Tribunal Supremo de EE.UU. disfrutaban de un mandato vitalicio sin edad de jubilación obligatoria, lo que da a los políticos una ventana de oportunidades bastante pequeña para cambiar la composición del Tribunal y acercarlo a las mayorías electorales. Esta característica única, junto con un fuerte control judicial y una práctica impredecible de dimisiones estratégicas<sup>156</sup> aumenta significativamente el interés y el atractivo del *court-packing*. Además, la polarización del Tribunal Supremo en los últimos años ha concentrado el debate, antes difuso, y ha entrelazado las opiniones sobre el control judicial estricto con las relativas a la legitimidad del *court-packing*<sup>157</sup>. En otras palabras, los críticos tradicionales del control judicial se han transformado en firmes defensores del *court-packing* por motivos ideológicos, con el objetivo de controlar el Tribunal Supremo en lugar de recortar sus poderes institucionales<sup>158</sup>. De hecho, muchos defensores estadounidenses racionalizan abiertamente la

---

<sup>153</sup> Una de las raras ocasiones fue el intento del Canciller alemán Adenauer de obligar a dimitir a los magistrados del Tribunal Constitucional Federal por un conflicto sobre la adhesión a la Comunidad Europea de Defensa en 1953. Georg Vanberg, «Establishing Judicial Independence in West Germany: The impact of Opinion Leadership on the Separation of Powers», 32 *Comp. Pol.* 333, 345 (2000).

<sup>154</sup> Doerfler & Moyn, *supra* nota 147. Véase también Richard Mailey, «Court-Packing in 2021: Pathways to Democratic Legitimacy», 44 *Seattle U. L. Rev.* 35 (2020).

<sup>155</sup> Jan Werner-Müller, «Democrats Must Finally Play Hardball», *Project-Syndicate* (sept. 25, 2020), [www.project-syndicate.org/commentary/democrats-must-fight-on-ruth-bader-ginsburg-replacement-by-janwerner-mueller-2020-09](http://www.project-syndicate.org/commentary/democrats-must-fight-on-ruth-bader-ginsburg-replacement-by-janwerner-mueller-2020-09).

<sup>156</sup> Tomothy M. Hagle, «Strategic Retirements: A Political Model of Turnover on the United States Supreme Court», 15 *Pol. Behaviour* 25 (1993). Para un análisis comparativo de renuncias estratégicas véase Castagnola, *supra* nota 19.

<sup>157</sup> William G. Ross, *Presidential Commission on the Supreme Court of the United States, Testimony of William G. Ross*, White House (20 de junio del 2021), [www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/08/Professor-William-G.-Ross.pdf](http://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/08/Professor-William-G.-Ross.pdf)

<sup>158</sup> Ross, *supra* nota 158; Samuel Moyn, *Presidential Commission on the Supreme Court of the United States*, White House 2 (June 30, 2021), [www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/06/Moyn-Testimony.pdf](http://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/06/Moyn-Testimony.pdf); Neil Siegel, *Presidential Commission on the Supreme Court of the United States*, White House 17–20 (20 de julio del 2021), [www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/07/Siegel-Testimony.pdf](http://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/07/Siegel-Testimony.pdf); Daniel Epps, Comisión Presidencial de la Corte Suprema de Estados Unidos, White House 1–11 (20 de julio del 2021),

ampliación del Tribunal Supremo como un medio para «evitar la erosión de la democracia»<sup>159</sup>. Cambiando el control ideológico del Tribunal Supremo que «ha sido cómplice y parcialmente responsable de la degradación de la democracia estadounidense»<sup>160</sup>.

Estas consideraciones únicas, sin embargo, no se trasladan bien a otras regiones. Esto es particularmente visible en Europa, donde los académicos teorizan sobre cómo des-reajustar y legitimar los tribunales una vez que el gobierno de Orbán y Kaczyński haya terminado<sup>161</sup>. Estos debates no suelen enmarcarse en el problema del *court-packing*, ya que estos líderes fusionaron varios otros métodos de control de tribunales. Sin embargo, es el *court-packing* y su final desmantelamiento lo que preocupa a los juristas y politólogos que teorizan sobre la evolución futura una vez que las actuales oposiciones ganen las elecciones en Hungría y Polonia<sup>162</sup>. ¿Pueden las futuras mayorías gobernantes recurrir legítimamente al *court-packing* para reducir los efectos del *court-packing* anterior? Y, en caso afirmativo, ¿qué estrategia de *court-packing* sería aceptable? ¿Son algunas técnicas de *court-packing* más legítimas que otras?

Para responder a estas preguntas, necesitamos disponer de una mejor teoría normativa del *court-packing* y de sus objetivos, que contenga un punto de referencia claro que justifique por qué ciertas estrategias y técnicas pueden, por vía de excepción, considerarse legítimas mientras que otras no.

Por lo tanto, en las siguientes secciones analizaremos en primer lugar los metaobjetivos del *court-packing* que se suelen invocar en los estudios existentes y los rechazaremos por considerarlos demasiado vagos y contradictorios. En su lugar, y aprovechando la ventaja comparativa que supone el mapeo de diversos ejemplos de *court-packing* en todo el mundo, proponemos proceder en dos etapas. En primer lugar, sugerimos abandonar los nobles, pero vagos meta-objetivos que bloquean el debate y centrarnos en cambio en las razones pragmáticas para el *court-packing* invocadas en la práctica. En segundo lugar, dividimos la cuestión de cuándo existe una «causa justa» para el *court-packing* desde la «cuestión de los medios», es decir, cómo ejecutar el *court-packing* justo para mantenerlo legítimo. De este modo, proponemos una teoría intermedia prospectiva sobre el *court-packing* legítimo que descansa sobre dos dimensiones: ‘cuándo’ el *court-packing* persigue un objetivo legítimo (*ius ad bellum* del *court-packing*) y ‘cómo’ ejecutarlo legítimamente (*ius in bello* del *court-packing*). Además, subrayamos que incluso el *court-packing* legítimo plantea riesgos significativos. Para hacer frente a estos riesgos, proponemos un algoritmo de legitimidad que refleje el análisis costo-beneficio de las distintas técnicas de *court-packing*, condicionándolas por estrictos criterios deliberativos y procesales.

---

<sup>159</sup> *Supra* nota 2, 77.

<sup>160</sup> Michael J. Klarman, Presidential Comm’n on the Sup. Ct. U.S., *Court Expansion and Other Changes to the Court’s Composition*, White House 12–13 (July 20, 2021), [www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/07/Klarman-Testimony.pdf](https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/07/Klarman-Testimony.pdf)

<sup>161</sup> «Debate: Restoring Constitutionalism», *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/category/debates/restoring-constitutionalism/> (última visita el 23 de enero del 2023).

<sup>162</sup> *Id.* Véase también Armin von Bogdandy & Luke Dimitrios Spieker, «Restoring the Rule of Law Through Criminal Responsibility», *Verfassungsblog* (dec. 10, 2021), <https://verfassungsblog.de/restoring-the-ruleof-Law-through-criminal-responsibility/>

#### 4.1. De los metaobjetivos a dos dimensiones de la legitimidad del *court-packing*

La rica bibliografía y los debates sobre el *court-packing* suelen abordar la cuestión de la legitimidad, invocando normalmente los siguientes metaobjetivos que el *court-packing* pretende alcanzar: el Estado de derecho (incluida la independencia judicial)<sup>163</sup>, la separación de poderes<sup>164</sup>, la democracia<sup>165</sup>, la capacidad de respuesta social<sup>166</sup>, la confianza pública en los tribunales<sup>167</sup> y el buen funcionamiento del Poder Judicial<sup>168</sup>.

Sin embargo, todos estos metaobjetivos son conceptos notoriamente ambiguos y a menudo controvertidos, cuya relación con el *court-packing* es empíricamente poco clara y, en el mejor de los casos, discutible. En consecuencia, tanto los partidarios como los detractores del *court-packing* suelen invocar todos estos metaobjetivos. Esto es más visible en el caso del Estado de derecho, que es utilizado por los detractores del *court-packing* principalmente para socavar tanto la legitimidad como la legalidad de las alteraciones de los tribunales<sup>169</sup>. Según algunos estudiosos, la idea misma del *court-packing* contraviene el espíritu del Estado de derecho<sup>170</sup> y sus principios individuales, incluida la independencia judicial, que inevitablemente entra en tensión con el concepto de *court-packing*<sup>171</sup>. No obstante, el propio Estado de derecho es un término cargado y muy dependiente del contexto que difícilmente puede reducirse a cuestiones de legalidad. Al fin y al cabo, es la violación de las normas del Estado de derecho lo que irónicamente justifica muchos llamamientos al «*court-packing* adecuado»<sup>172</sup> en contextos de transición o, en el discurso liberal europeo, los llamamientos

---

<sup>163</sup> Charles G. Geyh, *Rescuing Judicial Accountability from the Realm of Political Rhetoric*, 56 Case W. Res. L. Rev. 911, 916 (2006).

<sup>164</sup> Braver, *supra* nota 8.

<sup>165</sup> Michael J. Klarman, «Foreword: The Degradation of American Democracy—and the Court», 134 *Harv. L. Rev.* 1,1 (2020); Klarman, *supra* note 161.

<sup>166</sup> Owen M. Fiss, *The Right Degree of Independence, in Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary* 55, 56–8 (Irwin P. Stotzky ed., 1993). Para una idea general de «derecho responsivo», véase Philippe Nonet and Philip Selznick, «Law & Society in Transition: Toward Responsive Law» 73–114 (2001).

<sup>167</sup> Caldeira, *supra* nota 30; Cushman, *supra* nota 30; Alex Badas, «Policy Disagreement and Judicial Legitimacy: evidence from the 1937 Court-Packing Plan», 48 *J. Legal Stud.* 377 (2020); Thomas M. Keck, *Court-Packing and Democratic Erosion, in Democratic Resilience: Can the United States Withstand Rising Polarization?* 141 (Suzanne Mettler, Robert Lieberman, & Ken Roberts eds., 2022).

<sup>168</sup> John Ferejohn & Larry Kramer, «Independent Judges, Dependent Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint», 77 *N.Y.U. L. Rev.* 962, 963–4 (2002).

<sup>169</sup> Christopher Kang, *Perspectives on Supreme Court Reform*, White House 3 (July 20, 2021), [www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/07/Kang-Testimony.pdf](http://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/07/Kang-Testimony.pdf); Klarman, *supra* nota 161.

<sup>170</sup> Braver, *supra* nota 8.

<sup>171</sup> Barry Cushman, *Court-Packing in Context*, White House 3 (20 de julio del 2021), [www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/10/Professor-Barry-Cushman.pdf](http://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/10/Professor-Barry-Cushman.pdf); Jeff Sheshol, *Supreme Power: Franklin Roosevelt vs. the Supreme Court*, White House 3 (20 de julio del 2021), [www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/08/Jeff-Sheshol-1.pdf](http://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/08/Jeff-Sheshol-1.pdf); Ross, *supra* nota 158; Noah Feldman, *The Contemporary Debate over Supreme Court Reform: Origins and Perspectives*, White House 2 (30 de junio del 2021), [www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/06/Feldman-Presidential-Commission-6-25-21.pdf](http://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/06/Feldman-Presidential-Commission-6-25-21.pdf); John Malcolm, *Perspectives on Court Reform*, White House 2 (July 20, 2021), [www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/07/Malcolm-Testimony.pdf](http://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/07/Malcolm-Testimony.pdf); Siegel, *supra* nota 159.

<sup>172</sup> Presidential Comm'n on the Sup. Ct. United States, *supra* nota 2, at 75–6.

a des-reajustar las judicaturas post-Orbán y post-Kaczyński. Consideraciones similares se aplican a la independencia judicial como uno de los principios del Estado de derecho, ya que es invocada tanto por los contrarios al *court-packing*<sup>173</sup> como por los que están a favor<sup>174</sup>. Las invocaciones al Estado de derecho y a la independencia judicial bloquean así el debate sobre la legitimidad del *court-packing*.

El mismo problema impregna la invocación de la separación de poderes. Por un lado, existe una larga tradición de rechazo al *court-packing* como un ataque a la separación de poderes<sup>175</sup>, que choca con la capacidad de los tribunales para servir de control efectivo frente al Poder Ejecutivo y Legislativo<sup>176</sup>. Por otro lado, el bando opuesto invoca de hecho el *court-packing* como una limitación, argumentando que es la supremacía judicial la que entra en conflicto con el principio de separación de poderes<sup>177</sup>. La referencia a la «democracia» no nos lleva más lejos, ya que depende demasiado de las diferencias entre sus diversas acepciones.

El *court-packing* legítimo también puede presentarse como un ejemplo de buen gobierno o de restablecimiento del equilibrio ideológico en los tribunales<sup>178</sup>. Este argumento es especialmente frecuente en países bipartidistas como Estados Unidos, donde los defensores del *court-packing* copian en gran medida los argumentos de los detractores de un fuerte control constitucional y del supuesto déficit democrático resultante<sup>179</sup>. Según algunos, la amenaza de un *court-packing* legítimo ayuda a limitar a los jueces para que no se alejen demasiado de la opinión pública mayoritaria<sup>180</sup>.

De este modo, tales amenazas pueden garantizar un control judicial con capacidad de respuesta social<sup>181</sup> o el objetivo más amplio de un Poder Judicial que funcione bien, que esté apto para tomar decisiones oportunas y sustancialmente justas. Sin embargo, la capacidad de respuesta social de los tribunales también se rechaza vehementemente como una forma de politización, que vincula demasiado estrechamente a los tribunales con la política partidista y las preferencias de las mayorías

---

<sup>173</sup> Cushman, *supra* nota 172; Feldman, *supra* nota 172; Ross, *supra* nota 158.

<sup>174</sup> Daniel Epps & Ganesh Sitaraman, *How to Save the Supreme Court*, 129 *Yale L.J.* 18, 27 (2019); Weill, *supra* nota 31; «Thomas Keck, The Supreme Court Justices Control Whether Court-Packing Ever Happens», *Wash. Post* (19 de noviembre del 2018), [www.washingtonpost.com/outlook/2018/11/19/supreme-court-justices-control-whether-court-packing-ever-happens/](http://www.washingtonpost.com/outlook/2018/11/19/supreme-court-justices-control-whether-court-packing-ever-happens/); Danielle Root & Sam Berger, «Structural Reforms to the Federal Judiciary», *Ctr. Am. Progress* (8 de mayo del 2019), [www.american.org/issues/courts/reports/2019/05/08/469504/structural-reforms-federal-judiciary](http://www.american.org/issues/courts/reports/2019/05/08/469504/structural-reforms-federal-judiciary); Levy, *supra* nota 53; Ashraf Ahmed, «A Theory of Constitutional Norms», 120 *Mich. L. Rev.* 1361 (2022).

<sup>175</sup> Desde el rechazo del plan de FDR en 1937; Cushman, nota 172 *supra*.

<sup>176</sup> Ross, *supra* nota 158; Malcolm, *supra* nota 172.

<sup>177</sup> Véase la investigación departamentalista analizada en Braver, nota 8 *supra*, en 2791.

<sup>178</sup> Siegel, *supra* nota 159.

<sup>179</sup> Aaron Belkin, *Take Back the Court*, White House (Aug. 15, 2021), <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/08/Aaron-Belkin.pdf>.

<sup>180</sup> Denis Galligan, «Principal Institutions and Mechanisms of Judicial Accountability», en *Comprehensive Legal and Judicial Development: Towards an Agenda for a Just and Equitable Society in the 21st Century* 31 (Rudolf V. Van Puymbroeck eds., 2001). *Cf.* Mak, *supra* note 203, at 730, 734; Klarman, *supra* nota 161; Kang, *supra* nota 170.

<sup>181</sup> Carta de Rosalind Dixon a Bob Bauer y Cristina Rodríguez, copresidentes, Comisión Presidencial de la Corte Suprema de Estados Unidos 10–11 (25 de junio del 2021), [www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/06/Dixon-Letter-SC-commission-June-25-final.pdf](http://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/06/Dixon-Letter-SC-commission-June-25-final.pdf).

gobernantes. Esto es especialmente cierto en los países europeos, que perciben los tribunales como una institución estrictamente jurídica y apolítica. El discurso estadounidense está más fragmentado.

Al igual que la capacidad de respuesta social, el restablecimiento de la confianza pública resuena a menudo en el bando favorable al *court-packing*. Sin embargo, la relación entre el *court-packing* y la confianza del público también es muy confusa. Los estudiosos no se ponen de acuerdo sobre la sensibilidad del público al *court-packing*. Siegel, por ejemplo, condiciona la legitimidad pública de los tribunales a su visible independencia de los poderes políticos<sup>182</sup> y Caldeira entiende que el Tribunal Supremo de EE.UU. depende extraordinariamente de la confianza pública, lo que conduce a un comportamiento estratégico por parte de los jueces<sup>183</sup>. Feldman, por otro lado, percibe la confianza pública como menos frágil, argumentando que al público en realidad le importa y sabe muy poco sobre los tribunales y que la dicotomía derecho-política no es más que un mito<sup>184</sup>. Las pruebas empíricas son igualmente confusas. Los llamados a una mayor confianza pública motivaron la depuración sistémica de los jueces en el 2014 en Ucrania, tras la caída del régimen de Víktor Yanukóvich<sup>185</sup>. Al otro lado del continuo, las encuestas públicas muestran claramente un descenso de la confianza pública en los ampliados y amañados tribunales polacos después del 2017<sup>186</sup>. En Estados Unidos, las encuestas públicas mostraron un apoyo general a retrasar la sustitución de Bader Ginsburg en el Tribunal Supremo, pero las encuestas de apoyo a los demócratas en sus planes de implementar el *court-packing* han tenido resultados desiguales, alimentando la preocupación de que el *court-packing* pueda erosionar el respeto público por el Tribunal Supremo<sup>187</sup>.

Es bastante evidente que los metaobjetivos del *court-packing* legítimo no solo son vagos, difíciles de definir y dependientes del contexto, sino también a menudo contradictorios. Por lo tanto, pasamos del nivel abstracto a objetivos más prácticos. Aprovechando la ventaja comparativa de nuestra amplia conceptualización, proponemos una teoría prospectiva de nivel medio del *court-packing* legítimo que nos permite crear límites más generales y claros del *court-packing* legítimo e ilegítimo sin perder de vista los profundos debates teóricos<sup>188</sup>.

Construimos esta teoría de nivel medio de las justificaciones legítimas del *court-packing* a partir de las siguientes consideraciones normativas. En primer lugar, nos oponemos a una evaluación de la legitimidad del *court-packing* que requiera una imputación de intención a los líderes políticos,

---

<sup>182</sup> Siegel, *supra* nota 159.

<sup>183</sup> Gregory A. Caldeira, *Neither the Purse, nor the Sword: Dynamics of Public Confidence in the Supreme Court*, 80 Am. Pol. Sci. Rev. 1209 (1986).

<sup>184</sup> James L. Gibson, Gregory A. Caldeira, & Vanessa A. Baird, *On the Legitimacy of National High Courts*, 92 Am. Pol. Sci. Rev. 343 (1998); Feldman, *supra* nota 173.

<sup>185</sup> Zabyelina, *supra* nota 94.

<sup>186</sup> Flash Eurobarometer 489, Percepción de la independencia de los sistemas nacionales de justicia en la UE entre el público en general (julio del 2021) <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2272>.

<sup>187</sup> Ross, *supra* nota 158, 6.

<sup>188</sup> Aquí nos basamos en la teoría de los “acuerdos incompletamente teorizados” (asociada con Cass Sunstein) y en la del “consenso superpuesto” (asociada con John Rawls). Véase Cass R. Sunstein, *Incompletely Theorized Agreements*, 108 Harv. L. Rev. 1733, 1739–40 (1995); John Rawls, *Political Liberalism* 133–72 (1993).

ya que tal concepto se basa inevitablemente en suposiciones subjetivas y nunca podría aspirar a tener una aplicabilidad general<sup>189</sup>. Sostenemos que, independientemente de las justificaciones y los objetivos, el *court-packing* conlleva intrínsecamente varios peligros. Por lo tanto, lo conceptualizamos como una técnica de mano dura que es problemática independientemente de si los actores que la implementan son vistos generalmente como los buenos o los malos.

En segundo lugar, por razones similares, también nos oponemos a cualquier evaluación del *court-packing* que base su legitimidad en la existencia de otras garantías de independencia judicial. En otras palabras, el nivel de autonomía judicial, autogobierno o independencia judicial no puede justificar o legitimar retroactivamente el *court-packing* como práctica.

En tercer lugar, también rechazamos los argumentos a favor del *court-packing* que se basan meramente en la legitimidad lograda *a posteriori*, ya que necesariamente plantean la cuestión de quién debería ser el juez que decidiera si el *court-packing* era legítimo, cuáles serían los criterios de dicha evaluación o cómo deshacer el *court-packing* una vez que los jueces des-reajustados demuestran ser leales a sus nominadores políticos. Por lo tanto, el comportamiento posterior de los jueces des-reajustados es importante para la evaluación general de la calidad de la justicia, pero no puede justificar por sí mismo el *court-packing* como política.

En su lugar, ofrecemos una evaluación prospectiva y sostenemos que, aunque el *court-packing* siempre es problemático, en algunos casos excepcionales puede ser legítimo y estar justificado. Esta legitimidad se basa en una serie de criterios políticos estrictos, como el cambio de régimen democrático, la reacción proporcional al *court-packing* anterior o la deliberación democrática que conduce a un consenso multipartidista o de expertos sobre el *court-packing*. Nuestra conceptualización del *court-packing* legítimo es, por tanto, normativa. En lugar de examinar las normas formales o las prácticas o convenciones constitucionales, que necesariamente dependen del contexto y varían según los países, construimos criterios políticos normativos de *court-packing* legítimo.

Los objetivos de nivel medio del *court-packing* legítimo requieren que creemos un conjunto de criterios claros y con visión de futuro para distinguir el *court-packing* legítimo del ilegítimo, de modo que este último pueda ser desenmascarado y, en el mejor de los casos, detenido desde el principio. Si estos criterios se interiorizan y se siguen en la práctica, el *court-packing* debería resultar menos tentador para los líderes políticos. Incluso si no es así, la función de señalización de estos criterios puede al menos mitigar el impacto del *court-packing* ilegítimo, movilizar a la oposición y, en algunos países, aumentar la presión de los actores internacionales y supranacionales. Si miramos el problema desde el ángulo inverso, unos criterios claros para el *court-packing* legítimo podrían resultar muy disuasorios, no solo para los políticos, sino también para los jueces cómplices, al mostrarles que existe una forma de deshacerse de ellos o de limitar su influencia legítimamente.

---

<sup>189</sup> Para defensores de este enfoque, véase Mark Tushnet y Bojan Bugarič, «Power to the People» 161–3, 177 (2021); Benjamin García Helgado y Raúl Sánchez Urribarri, «Court-packing and democratic decay: A needed relationship?», *Global Constitutionalism* 1–28 (2023).

La limitación importante de nuestro giro hacia una teoría pragmática de nivel medio para el *court-packing* es que cada justificación de *court-packing* conlleva algunos peligros de reacción. Mientras que algunos de estos peligros son inherentes a cualquier *court-packing* (peligro de repetición cíclica), otros dependen del contexto y pueden variar de un país a otro. Por tanto, sostenemos que la conceptualización de la legitimidad del *court-packing* requiere que se examine ‘cuándo’ el *court-packing* es legítimo y ‘cómo’ ejecutar sus técnicas de forma legítima, eliminando tantos riesgos como sea posible. Esta segunda dimensión de la legitimidad interactúa así con las normas constitucionales, y las normas y prácticas arraigadas internacionalmente, que limitan la aplicabilidad de las técnicas individuales de *court-packing* en una estructura similar a un embudo.

Estas dos dimensiones del *court-packing* legítimo ya han sido implícitamente invocadas por algunos trabajos académicos, de manera más coherente por Tom Daly, quien propuso un marco analítico de cinco vertientes sobre cómo evaluar el *court-packing*: su contexto democrático, el propósito de reforma articulado, las opciones de reforma (es decir, las políticas alternativas disponibles), el proceso de reforma (deliberación sobre la política) y el riesgo de repetición<sup>190</sup>.

Nuestra teoría intermedia se basa en esta literatura y la desarrolla en las dos dimensiones de la legitimidad del *court-packing*. Con cierta exageración, sostenemos que nuestra teoría de nivel medio pretende captar tanto el *ius ad bellum* del *court-packing* (‘cuándo’ está justificado), como el *ius in bello* del *court-packing* (‘cómo’ ejecutar las reformas de este *court-packing* justificado para que conlleven el menor número posible de costos y peligros)<sup>191</sup>. Creemos que la separación de estas dos dimensiones aporta más claridad en la evaluación de los peligros que acarrea el *court-packing*, y ayuda a identificar las condiciones subsiguientes impuestas a cualquiera de las justificaciones de nivel medio. También vamos más allá del contexto democrático y ofrecemos una evaluación más generalizada y orientada hacia el futuro, que no se basa en los efectos del *court-packing* y libera el debate de las acusaciones de parcialidad y doble rasero lanzadas contra los ‘buenos’ y los ‘malos’.

---

<sup>190</sup> Daly, *supra* nota 10. Para casos de posible *court-packing* eficaz, véanse los artículos del simposio de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional: Oren Tamir, «"Good" Court-Packing in the Real World», *Int'l Ass'n Const. L. Blog* (2 de abril del 2022), <https://blog-iacl-aicd.org/new-blog-3/2022/4/5/goodcourt-packing-in-the-real-world-z38xc>. Mark Tushnet, «Court-Packing: Four Observations on a General Theory of Constitutional Change», *Int'l Ass'n Const. L. Blog* (17 de marzo del 2022), <https://blog-iacl-aicd.org/new-blog-3/2022/3/17/court-packing-four-observations-on-a-general-theory-of-constitutionalchange-6wskd>. Rosalind Dixon, «Court-Packing in Comparative Perspective», *Int'l Ass'n Const. L. Blog* (22 de marzo del 2022), <https://blog-iacl-aicd.org/new-blog-3/2022/3/22/court-packing-in-comparativeperspective-rzjbl>. David Kosař y Katarína Šipulová, «The *ius ad bellum* y el *ius in bello* del Court-Packing», *Int'l Ass'n Const. L. Blog* (24 de marzo del 2022), <https://blog-iacl-aicd.org/new-blog-3/2022/3/24/el-ius-ad-bellum-y-ius-in-bello-de-la-corte-empaquetamiento-ghpw>.

<sup>191</sup> Agradecemos esta metáfora a nuestro colega Jan Petrov. También queremos señalar que somos conscientes de las diferencias teóricas entre cómo el derecho internacional utiliza los conceptos de *ius ad bellum* e *ius in bello*. En particular, *ius ad bellum* e *ius in bello* son cuestiones totalmente distintas en el derecho internacional humanitario, ya que el *casus belli* (por ejemplo, legítima defensa, intervención humanitaria o guerra de agresión) no tiene ningún impacto en el cumplimiento de las normas independientes de *ius in bello*, mientras que en el contexto del *court-packing* a veces es difícil distinguir estas dos etapas y las justificaciones del *court-packing* interactúan así con las normas de ‘segundo paso’. Por lo tanto, tomamos prestados los conceptos de *ius ad bellum* e *ius in bello* solo de forma restringida. Sin embargo, seguimos considerándolo una metáfora teórica útil para un enfoque de dos niveles en el análisis de la legitimidad del *court-packing* que proponemos.

A continuación, analizaremos en primer lugar la dimensión del *ius ad bellum*, presentando las justificaciones más comunes del *court-packing* planteadas por la práctica y la doctrina. A continuación, organizamos las justificaciones individuales en un algoritmo de legitimidad que les asigna condiciones procesales y deliberativas adicionales, y abordamos una categorización de las técnicas de *court-packing* basada en su interacción con otras normas y principios nacionales e internacionales (la dimensión *ius in bello*).

## 4.2. Justificaciones de nivel medio: El *ius ad bellum* del *court-packing*

Los estudios existentes que analizan los objetivos perseguidos por el ‘buen’ *court-packing*<sup>192</sup> han aceptado generalmente como legítimas las siguientes cinco justificaciones pragmáticas de nivel medio más comunes: (i) garantizar una transición democrática fluida; (ii) erradicar la corrupción judicial generalizada; (iii) responder a un *court-packing* ilegítimo anterior; (iv) reequilibrar un tribunal no representativo y, por último, (v) mejorar la eficiencia del tribunal. Afirmamos que el análisis cuidadoso y la diferenciación de estas justificaciones típicas de nivel medio son la clave para entender en qué condiciones el *court-packing* puede ser legítimo.

### a) Transición democrática

La primera justificación de nivel medio, crucial para teorizar sobre el *court-packing*, es garantizar una transición democrática fluida. La necesidad de cambiar a los miembros de los tribunales se encuentra principalmente en aquellas sociedades en transformación en las que los jueces han desempeñado un papel importante en la violación de los derechos individuales o simplemente han contribuido a apuntalar el poder del régimen anterior<sup>193</sup>. Por lo general, los llamados en favor del *court-packing* sistémico tras la transición se justifican por la colaboración de los jueces con el régimen anterior, su complicidad en graves violaciones de los derechos humanos, su incumplimiento del deber judicial de decidir con independencia e imparcialidad y, a veces, incluso por su incompetencia<sup>194</sup>. Las transiciones en Latinoamérica de regímenes autoritarios a democráticos y la caída de los regímenes comunistas en Europa Central y Oriental son ejemplos típicos de situaciones en las que nos enfrentamos a la «naturaleza relativa al régimen de la independencia judicial»<sup>195</sup>. Como los regímenes no democráticos suelen carecer de un poder judicial independiente del poder político, los requisitos transitorios de independencia judicial

---

<sup>192</sup> Véase, e.g., Zabyelina, *supra* note 94 (discussing the lustration of judges in Ukraine); Thomas M. Keck, *Court-Packing and Democratic Erosion*, in *Democratic Resilience: Can the United States Withstand Rising Polarization?* 141 (Suzanne Mettler, Robert Lieberman, & Ken Roberts, eds., 2021). Para conocer los motivos individuales, véase las referencias posteriores. Véase también Tamir, *supra* nota 186; Tushnet, *supra* note 186; Dixon, *supra* nota 186; Kosař & Katarína Šipulová, *supra* nota 186; Tom Daly, «Can “Good” Court-Packing be Justified to Repair Democratic Decay?», *Int’l Ass’n Const. L. Blog* (17 de marzo del 2022), <https://blog-iacl-aicd.org/new-blog-3/2022/3/17/can-good-court-packing-be-justified-to-repair-democratic-decay-tnets>

<sup>193</sup> Robertson, *supra* nota 13; Kosař, *supra* nota 96; Siegel, *supra* nota 159.

<sup>194</sup> Véase Blankenburg, *supra* nota 14; David Dyzenhaus, *Judging the Judges, Judging Ourselves: Truth, Reconciliation and the Apartheid Legal Order* (2003); Hakeem Yusuf, *Transitional justice, Judicial Accountability and the Rule of Law* (2010); Kosař, *supra* n. 96.

<sup>195</sup> Owen M. Fiss, «The Limits of Judicial Independence», 25 *U. Miami Inter-Am. L. Rev.* 57 (1993).

también son limitados. Tomemos, por ejemplo, el caso de Checoslovaquia que, poco después de la transición, puso en marcha toda una serie de medidas destinadas a expulsar a los jueces comunistas: nuevos nombramientos judiciales, retenciones, medidas disciplinarias y lustración política<sup>196</sup>. Sin embargo, todos estos mecanismos, incluida la lustración política, suelen interpretarse como legítimos<sup>197</sup> debido al control total que los regímenes comunistas ejercían sobre los tribunales nacionales. La Ley de lustración política aplicada en el 2014 en Ucrania tras la caída del régimen de Víktor Yanukóvich fue más controvertida, ya que es discutible si se trató de un cambio de régimen. Sin embargo, la investigación de los jueces ucranianos, aunque en gran medida ineficaz, fue finalmente respaldada por la comunidad internacional<sup>198</sup>.

También se pueden encontrar ejemplos similares fuera de la CEE. Tras el cambio de régimen en Argentina en 1983, todos los jueces del Tribunal Supremo nombrados por el régimen anterior presentaron su dimisión, como era la práctica habitual en ese país. Sin embargo, algunos estudiosos sugieren que, incluso sin esa práctica histórica, el nuevo presidente Alfonsín podría haber exigido fácil y legítimamente la dimisión de los jueces o haberlos destituido, dado que el régimen de la junta militar anterior había utilizado los tribunales para apuntalar su propio Gobierno<sup>199</sup>.

La gran limitación que viene con el cambio de régimen es que se refiere exclusivamente a las transiciones desde regímenes no democráticos<sup>200</sup>, ya que la doctrina de la independencia judicial limitada no se extiende a situaciones en las que cualquier otro tipo de régimen ha derrocado a un régimen demócrata. Por ejemplo, el *court-packing* tras el golpe de Estado comunista de 1948 en Checoslovaquia no era legítimo, ya que no formaba parte de la transición a un régimen democrático. En otras palabras, el carácter relativo y la especificidad del *court-packing* relacionado con el régimen sigue entonces una lógica similar a la de otros conceptos jurídicos ocultos bajo el paraguas de un Estado de derecho transitorio<sup>201</sup>.

### **b) Corrupción judicial generalizada**

La segunda justificación típica es la erradicación de la corrupción judicial generalizada que impregna todo el Poder Judicial. No se trata, por tanto, de casos aislados de corrupción, sino de casos de proporción sistémica que no pueden resolverse simplemente mediante procedimientos disciplinarios ordinarios. Entre los ejemplos recientes de judicialización se incluyen varios en los que la responsabilidad por el comportamiento corrupto de los jueces se tradujo en medidas de

---

<sup>196</sup> Kosař & Šipulová, *supra* nota 13.

<sup>197</sup> Marcos Zunino, Jan van Zyl Smit, & Christina Murray, *Special Processes for the Reassessment and Removal of Judges in the Context of Constitutional Transitions: Strengthening the Rule of Law* (Bonavero Inst. Hum. Rts. Oxford, Research Workshop, 10–11 de mayo del 2019).

<sup>198</sup> Comisión de Venecia, *supra* nota 91; Polyakh & Ors. v. Ukraine, App. No. 58812/15, Eur. Ct. H.R., <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-196607>; Dzehtsiarou, *supra* nota 91. Véase también Maria Popova, «Can a Leopard Change Its Spots? Strategic Behaviour Versus Professional Role Conception During Ukraine's 2014 Court Chair Elections», 42 *Law & Pol'y* 365 (2020).

<sup>199</sup> Fiss, *supra* nota 196.

<sup>200</sup> Para la clasificación de regímenes no democráticos y datos longitudinales sobre casi todos los países del mundo, véase, por ejemplo, «Varieties of Democracy (V-Dem)», [www.v-dem.net](http://www.v-dem.net) (último acceso: 23 de enero del 2023).

<sup>201</sup> Ruti Teitel, «Globalizing Transitional Justice»; *Contemporary Essays* 149–64 (2014).

investigación más amplias u otros ataques políticos contra los tribunales. Por ejemplo, el TEDH dictó sentencia en *Xhoxhaj c. Albania*, un caso que abordaba el impacto de las herramientas radicales de rendición de cuentas introducidas en el 2017 en Albania para hacer frente a las prácticas de corrupción ampliamente extendidas entre los miembros de la judicatura. Tras el inicio de un procedimiento de investigación, que contó con el apoyo de la Comisión de Venecia<sup>202</sup>, cinco de los nueve magistrados del Tribunal Constitucional fueron destituidos y otros tres dimitieron<sup>203</sup>. Uno de los jueces destituidos recurrió ante el Tribunal de Estrasburgo, pero el TEDH sostuvo que la necesidad de depurar la judicatura albanesa prevalecía sobre las inferencias con la independencia judicial<sup>204</sup>.

Los argumentos de los organismos supranacionales a favor de la investigación de antecedentes y la retención sistémicas se asemejan en gran medida a las narrativas tradicionales de la justicia transicional. Los organismos europeos basaron la legitimación de las técnicas de *court-packing* en el interés y la seguridad públicos, argumentando que (i) las destituciones son proporcionales a las graves violaciones éticas cometidas por los jueces incriminados y (ii) la lucha contra la corrupción aumenta la confianza pública en el sistema judicial y contribuye a una mayor protección de los derechos individuales<sup>205</sup>.

### c) *Precedentes de court-packing ilegítimos*

La tercera justificación utilizada con frecuencia es una respuesta al *court-packing* ilegítimo previo. Por *court-packing* ilegítimo nos referimos al *court-packing* que no pasaría el algoritmo presentado en la sección 4.3. La represalia por inferencias pasadas con la independencia judicial es una justificación moral y política común detrás de los planes de *court-packing* anunciados públicamente. Por lo tanto, el *court-packing* ilegítimo en el pasado es una de las consideraciones que impulsan la teorización sobre lo que debería ocurrir, por ejemplo, en Polonia una vez que caiga el régimen de Kaczyński. ¿Sería legítimo destituir a los ‘cuasi-jueces’ del Tribunal Constitucional nombrados ilegítimamente?<sup>206</sup> ¿O deberían equilibrarse con nuevos magistrados y ampliar la composición del Tribunal?

Del mismo modo, la evolución actual en Estados Unidos somete el criterio del *court-packing* ilegítimo a una prueba aún más estricta. Los nombramientos por parte de Trump de los jueces con-

---

<sup>202</sup> Comisión de Venecia, Albania: Amicus Curiae Brief for the Constitutional Court on the Law on the Transitional Re-evaluation of Judges and Prosecutors, Opinion no. 868/2016 (2016), [www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)036-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)036-e); Tilman Hoppe, «Money Talks. The ECtHR Is Getting Rid of Corrupt Judges», *Verfassungsblog* (5 de marzo del 2021), <https://verfassungsblog.de/money-talks/>.

<sup>203</sup> Hoppe, *supra* n. 203.

<sup>204</sup> *Xhoxhaj v. Albania*, App. No. 15227/19, Eur. Ct. H.R. (9 de febrero del 2021), <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-208053>.

<sup>205</sup> *Id.*

<sup>206</sup> Esto es ahora aún más complicado, ya que dos de los tres ‘cuasi-jueces’ elegidos ilegítimamente en diciembre del 2015 han fallecido y han sido reemplazados por nuevos jueces según el ‘proceso estándar’. Véase Gliszczynska-Grabias y Sadurski, *supra* nota 138. Sin embargo, persiste el hecho de que Kaczyński arrebató ilegítimamente los tres escaños al gobierno anterior. La pregunta, por lo tanto, es hasta qué punto se aplica la doctrina del ‘fruto del árbol venenoso’ en este contexto.

servadores Neil Gorsuch y Amy Coney Barrett recibieron duras críticas porque supuestamente violan la convención constitucional de que en un año de elecciones presidenciales el Senado de EE. UU. solo puede confirmar a un juez del Tribunal Supremo con el apoyo bipartidista<sup>207</sup>. En consecuencia, varios académicos abogaron por el *court-packing* para reequilibrar el Tribunal Supremo y protegerlo de una profunda polarización<sup>208</sup>. Neil Siegel, por ejemplo, pidió a los poderes del Estado que actuaran con moderación y sostuvo que el único escenario que legitimaría el *court-packing* sería «la prueba convincente de que un presidente [de EE.UU.] que hizo uno o más nombramientos para el Tribunal [Supremo de EE.UU.] no fue elegido legítimamente y que añadir jueces fuera la única manera factible de deshacer el probable impacto de décadas de esos nombramientos en la toma de decisiones del Tribunal [Supremo de EE.UU.]»<sup>209</sup> Otros opositores subrayaron el riesgo de caer en un ciclo interminable de represalias con *court-packing*, en el que cada Gobierno supera al anterior ampliando o vaciando los tribunales<sup>210</sup>. Basta con echar un vistazo a los episodios latinoamericanos de *court-packing* para demostrar que este temor no es infundado. Después de todo, el aumento y la disminución cíclicos del número de miembros de la Corte Suprema argentina ha sido una característica dominante de la política nacional desde la década de 1950<sup>211</sup>.

#### **d) Tribunal no representativo**

La cuarta justificación de nivel medio —reequilibrar un tribunal poco representativo— es aún más controvertida. Como ya se ha indicado anteriormente, este argumento subraya los debates actuales en EE.UU. sobre la reforma y el posible *court-packing* en el Tribunal Supremo por parte de la Administración de Biden con el fin de equilibrar ideológicamente un Tribunal Supremo demasiado polarizado. Algunas de las voces que abogan por la ampliación del Tribunal Supremo en realidad profundizan más allá de la disputa Gorsuch/Barrett y se basan en el lento fortalecimiento de la oposición doctrinal al control judicial como tal<sup>212</sup>. Muchos analistas señalan cómo el Tribunal ha intervenido negativamente en los derechos electorales y en el *gerrymandering* (la manipulación de distritos electorales), ha generado un impulso a la corrupción y ha sido un poderoso aliado en las batallas de Trump para reforzar el ya desequilibrado Poder Ejecutivo a costa del Congreso<sup>213</sup>.

No obstante, no existe un consenso claro, ni en Estados Unidos ni a nivel mundial en las democracias constitucionales, sobre hasta qué punto los tribunales (al menos los que ejercen el control judicial) deben reflejar la polarización de opiniones e ideas en el ámbito político o en la sociedad en su conjunto. Por el contrario, la teoría de la separación de poderes podría sugerir lo contrario e impedir cualquier cambio brusco en la composición de los tribunales con el fin de

---

<sup>207</sup> Weill, *supra* nota 31.

<sup>208</sup> Ian Millhiser, *Let's Think About Court-Packing*, Democracy: J. Ideas, No. 51 (2019), <https://democracyjournal.org/magazine/51/lets-think-about-court-packing-2/>; Werner-Müller, *supra* nota 156.

<sup>209</sup> Siegel, *supra* nota 159.

<sup>210</sup> David E. Pozen, *Hardball and/as Anti-Hardball*, 21 N.Y.U. J. Legis & Pub. Pol'y 949 (2019); Jeff Schesol, *The Case Against Packing the Court*, New Republic (14 de octubre del 2020), <https://newrepublic.com/article/159691/case-against-packing-supreme-court>.

<sup>211</sup> Helmke, *supra* nota 55; see also Section 3.1.

<sup>212</sup> Epps & Sitaraman, *supra* nota 175; Ross, *supra* nota 158.

<sup>213</sup> Epps & Sitaraman, *supra* nota 175; Ross, *supra* nota 158.

reflejar proporcionalmente el estado de ánimo político o social del momento. Además, estas opiniones ideológicas de la sociedad cambiarán necesariamente con el tiempo, y los tribunales no pueden ser prisioneros de los retoques políticos cada vez que se produzca un cambio de este tipo. Aparte de las voces que sugieren que implementar el *court-packing* por motivos ideológicos desencadenará necesariamente un ciclo de represalias<sup>214</sup> o que los resultados reales del equilibrio ideológico son, en el mejor de los casos, dudosos<sup>215</sup>, podríamos afirmar que podría haber otros mecanismos, como la ampliación de los criterios de selección de los nuevos jueces, más adecuados para acercar las distintas polarizaciones ideológicas de los tribunales a la sociedad. Por lo tanto, aunque los llamados a favor de unos tribunales más equilibrados ideológicamente puedan parecer legítimos y acertados, no surgen de un entendimiento normativo unificado que, en comparación con las tres justificaciones anteriores del *court-packing*, aumente el umbral para su aplicación.

Sin embargo, el reequilibrio de los tribunales no representativos podría basarse en muchos motivos distintos de la ideología. Los países con disparidades raciales o étnicas particularmente significativas entre la composición de la judicatura y la población, junto con oscuros legados históricos vinculados a estas divisiones étnicas (Ruanda) o raciales (Sudáfrica), podrían tener un interés legítimo en interferir en la composición de los tribunales y reequilibrar la judicatura para garantizar un poder judicial más representativo. Una consideración específica sobre la representatividad surge en los nuevos Estados creados por secesión o disolución, como en el caso de la división de la Checoslovaquia federal en dos Estados separados. Otro posible ejemplo podría ser una hipotética secesión de Cataluña de España, en la que podría invocarse la nueva composición nacional del Poder Judicial para hacer frente a posibles sesgos. Del mismo modo, el criterio representativo también podría implicar la distribución geográfica (un ejemplo adecuado en el futuro podría ser Canadá), las líneas divisorias religiosas (que motivaron el intento de Recep Erdogan de limpiar los tribunales de kemalistas) o criterios indirectos como el lugar donde los jueces estudiaron derecho (como en Estados Unidos). Y lo que es aún más controvertido, podemos defender la representación de género en los tribunales, sobre todo teniendo en cuenta que cada vez se entiende más la importancia de contar con jueces de ambos sexos<sup>216</sup>.

Sin embargo, esta representación básica se acerca peligrosamente a la retórica habitual del *court-packing* que vimos invocada por los líderes populistas europeos, que justificaron una importante remodelación de la judicatura por la creación de oportunidades para una generación más joven de jueces. Es importante señalar que cualquier reequilibrio representativo suscita controversias similares a la repolarización ideológica. No existe un acuerdo general sobre hasta qué grado los tribunales deben reflejar las divisiones existentes en la sociedad. Además, cualquier cambio en la composición de los tribunales motivado por dicha falta de representatividad siempre tendrá que abordar el riesgo de politización partidista.

---

<sup>214</sup> Shesol, *supra* nota 50.

<sup>215</sup> Moyn, *supra* nota 159.

<sup>216</sup> La literatura sobre la representación de género en el poder judicial es muy amplia. Para un resumen de los argumentos, véase Sally J. Kenney, *Gender and Justice: Why Women in the Judiciary Really Matter* (2013); Rosemary Hunter, *More Than Just a Different Face? Judicial Diversity and Decision-Making*, 68 *Current Legal Prob.* 119 (2015).

### e) Eficacia

Por último, los líderes políticos que justifican los planes de *court-packing* invocan a menudo el argumento de la eficiencia. Para algunos comentaristas, esta causa está manchada desde el intento de FDR de ampliar el Tribunal Supremo en 1937, que se basó en falsas afirmaciones sobre la ineficacia del Tribunal. Sin embargo, la lógica de la eficiencia puede ser una consideración pragmática para muchos líderes políticos que no tienen intención de cambiar la composición ideológica de los tribunales. Consideremos la reforma del Tribunal Supremo Administrativo checo<sup>217</sup> y la ampliación en 2019 del Tribunal de Apelación irlandés<sup>218</sup>, ambos motivados por abordar la excesiva duración de los procedimientos y el creciente volumen de casos. Sin embargo, incluso las consideraciones para tener unos tribunales más rápidos y dinámicos pueden resultar contraproducentes o permitir que la mayoría gobernante afiance su posición como efecto secundario de la reforma. La justificación de la eficiencia aumenta, por tanto, los intereses en juego y las salvaguardias necesarias para su aplicación legítima.

### 4.3. *Ius ad bellum e ius in bello* en la práctica: Cómo ejercer el *court-packing* legítimamente

Sin embargo, una causa justa perseguida por las políticas de *court-packing* simplemente nos dice si existe una base suficiente para argumentar a favor de una aplicación excepcional del *court-packing* que podría llevarse a cabo legítimamente. La segunda dimensión, el *ius in bello* del *court-packing* analiza cómo ejecutar el *court-packing* legítimamente. En otras palabras, la dimensión *ius in bello* explora las condiciones de un *court-packing* legítimo, qué técnicas son las más adecuadas para alcanzar el objetivo declarado y qué técnicas son las más problemáticas.

Como ya hemos indicado anteriormente, el *court-packing* legítimo no está exento de peligros, sino que cada justificación de nivel medio conlleva riesgos. La investigación a gran escala de los jueces ucranianos, justificada, aunque a regañadientes, por la comunidad internacional, es un buen ejemplo de que cualquier *court-packing*, incluso el legítimo, puede salir mal. Lo mismo puede decirse del «buen» *court-packing* en Turquía y Argentina, de los que habla Tom Daly<sup>219</sup>. Daly reconoce, por tanto, y con razón, que el *court-packing* legítimo debe estudiarse frente a sus riesgos potenciales<sup>220</sup>, haciendo hincapié en el riesgo de repetición.

Basándonos en nuestra visión comparativa de los resultados de *court-packing*, hemos identificado otros dos peligros típicos, por lo que estamos trabajando con tres riesgos del *court-packing*: (i) el riesgo del *court-packing* cíclico, (ii) el riesgo de la politización partidista de los tribunales y (iii) el riesgo de propagar el miedo entre los jueces que tienen que decidir sobre cuestiones políticamente relevantes.

El riesgo del *court-packing* cíclico domina los argumentos planteados por los detractores del *court-packing*<sup>221</sup>, refiriéndose a los ejemplos de Argentina y Venezuela. El temor a la normalización del

---

<sup>217</sup> Kosař & Šipulová, *supra* nota 9

<sup>218</sup> Ministerio de Justicia de Irlanda, Comunicado de prensa, Court of Appeal Numbers to Increase by 6, Gov.ie (22 de marzo del 2019), [www.justice.ie/en/JELR/Pages/PR19000085](http://www.justice.ie/en/JELR/Pages/PR19000085)

<sup>219</sup> Daly, *supra* nota 10.

<sup>220</sup> *Id.*

<sup>221</sup> Braver, *supra* nota 8.

*court-packing* y a la táctica del «ojo por ojo» resuena también en el debate estadounidense sobre la ampliación del Tribunal Supremo<sup>222</sup>. Algunos académicos estadounidenses señalan que el *court-packing* aplicado en la actual atmósfera polarizada plantearía un peligro sin precedentes, ya que aumentaría el tamaño del Tribunal hasta tal punto que su legitimidad «estallaría»<sup>223</sup> y podría acabar con todo el sistema constitucional<sup>224</sup>. Si el *court-packing* se convierte en algo cíclico nunca conducirá a un nuevo equilibrio estable. Por el contrario, conducirá a un acuerdo de retoques con una composición y número de miembros del tribunal distinto cada vez que el partido de la oposición gane las elecciones<sup>225</sup>. Por ejemplo, Chilton, Epps, Rozema y Sen han creado un modelo hipotético de comportamiento partidista tras la posible ampliación de la Corte Suprema de los EE.UU. (*court-packing*) y sostienen que si ocurrieran repetidos *court-packing* partidarios, terminarían por aumentar el número de miembros de la Corte a veintitrés jueces en los próximos cincuenta años<sup>226</sup>.

En los países democráticos, el *court-packing* cíclico va de la mano de la politización partidista de los tribunales, lo que, según algunos estudiosos, podría limitar la separación institucional de poderes<sup>227</sup>, más aún si se tiene en cuenta la sugerencia de que el público está muy poco dispuesto a castigar a los titulares de cargos públicos mediante represalias electorales por ataques a los tribunales<sup>228</sup>.

Además, el *court-packing* pone en peligro la toma de decisiones judiciales de otras maneras. Algunos estudiosos sostienen que el riesgo inminente del *court-packing* es una restricción significativa para el comportamiento judicial, ya que disminuye la independencia judicial subjetiva y la disposición de los jueces a decidir sobre cuestiones políticamente relevantes<sup>229</sup>. Por lo tanto, el *court-packing* puede llevar al comportamiento autolimitado de los tribunales o a su renuncia a controlar a los otros dos poderes políticos. Esto es especialmente preocupante en las democracias en transición y aún no consolidadas.

Tras un cuidadoso análisis de los posibles beneficios y costos de cada objetivo de nivel medio del *court-packing*, reorganizamos las justificaciones individuales en el algoritmo de legitimidad (Figura 1) y les asignamos criterios deliberativos y procesales más restrictivos destinados a eliminar el mayor número posible de riesgos.

El algoritmo procede en cuatro pasos. Cuantos más peligros origine el objetivo perseguido por los desencadenantes del *court-packing*, más limitada será la opción de los actores políticos para legitimarlo.

---

<sup>222</sup> Algunos estudiosos también señalan el peligro de que la normalización del *court-packing* en los regímenes democráticos se convierta en un arma para los líderes autoritarios. Véase Dixon, *supra* note 182; Véase también Presidential Comm'n on the Sup. Ct. United States, *supra* nota 2.

<sup>223</sup> Braver, *supra* nota 8, 2748.

<sup>224</sup> Neil Siegel, «Some Notes on Court-Packing, Then and Now», *Balkinization Blog* (26 de noviembre del 2017), <https://balkin.blogspot.com/2017/11/some-notes-on-court-packing-then-and-now.html>.

<sup>225</sup> Epps & Sitaraman, *supra* nota 175.

<sup>226</sup> Adam Chilton, Daniel Epps, Kyle Rozema, & Maya Sen, «The Endgame of Court-Packing» (27 de abril del 2021), <https://ssrn.com/abstract=3835502>.

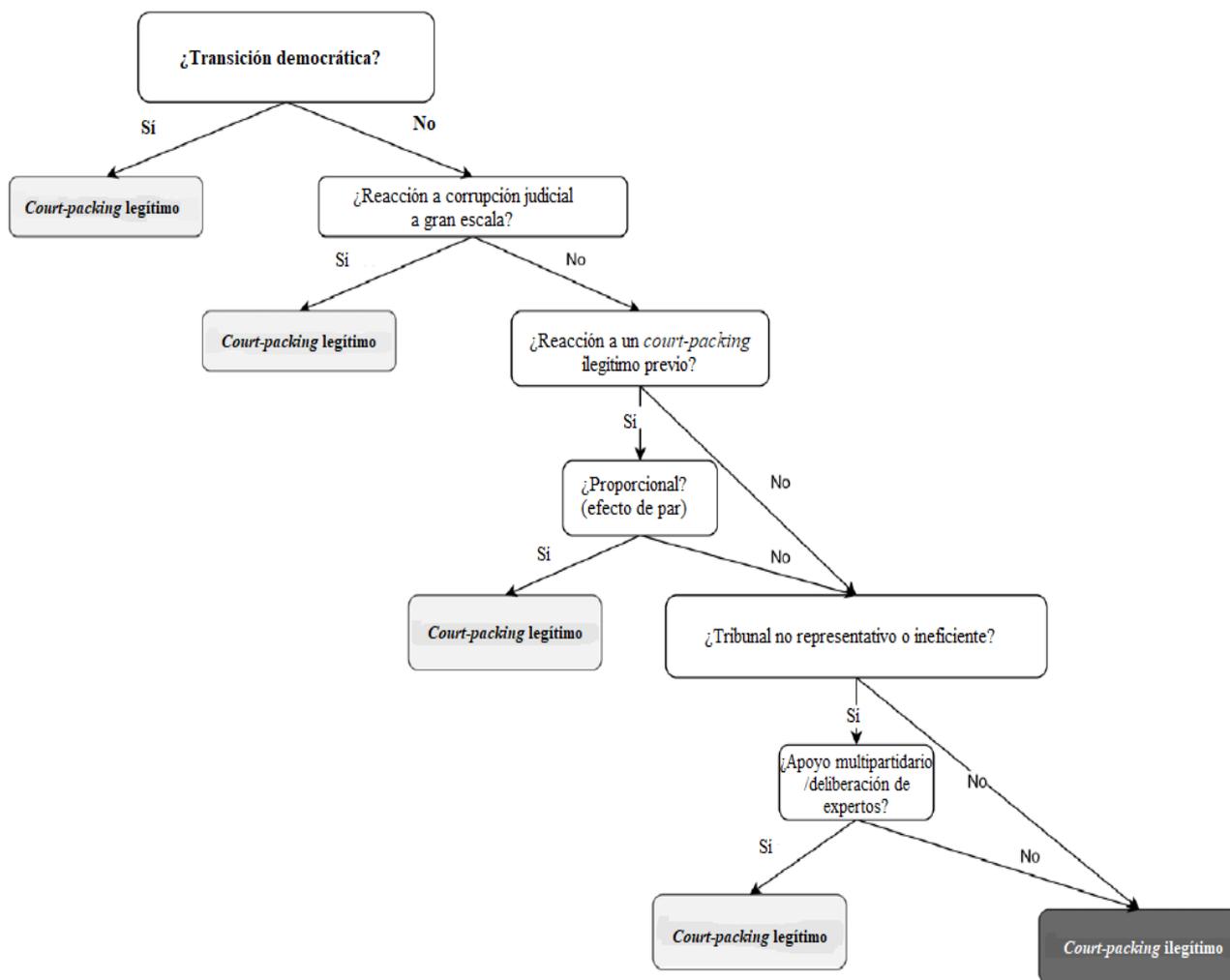
<sup>227</sup> *Supra* Presidential Comm'n on the Sup. Ct. United States, note 2, 77.

<sup>228</sup> Amanda Driscoll & Michael Nelson, «The Minimal Costs of Court Curbing: Experimental Evidence from the United States» (25 de enero del 2021), <https://ssrn.com/abstract=3917007>.

<sup>229</sup> Ross, *supra* nota 158; Siegel, *supra* nota 159.

Seguindo esta lógica, el algoritmo se divide en cuatro preguntas: (i) ¿es el *court-packing* parte integrante de una transición democrática?; (ii) ¿aborda el *court-packing* los patrones generales de corrupción judicial?; (iii) ¿reacciona el *court-packing* en cuestión a un *court-packing* ilegítimo anterior?, y (iv) ¿la implementación del *court-packing* tiene como objetivo lograr un tribunal más representativo o eficiente? Las respuestas a estas cuatro preguntas determinan si el *court-packing* cumple las condiciones políticas extraordinarias para su legitimación y qué otros requisitos, como la proporcionalidad y el apoyo multipartidista, deben cumplirse.

### ¿Es legítimo el *court-packing*?



**Figura 1.** Algoritmo de legitimidad del *court-packing*. Fuente: autores.

La primera pregunta de nuestro algoritmo de legitimidad se refiere a si el *court-packing* es una de las medidas aplicadas tras una transición democrática. El cambio hacia un régimen democrático suele dejar a los Gobiernos un amplio margen de maniobra para aplicar políticas que, en

circunstancias normales, no se considerarían acordes con el Estado de derecho. Los poderes judiciales comunistas de Europa Central y Oriental son el mejor ejemplo de lo implicados que pueden estar los poderes judiciales no democráticos en las violaciones de los derechos humanos cometidas por el régimen, y de cómo pueden requerir una investigación exhaustiva o una retención para purgar a la vieja élite y renovar la confianza pública y el compromiso con los principios del Estado de derecho. Los peligros de que la aplicación de *court-packing* de transición salga mal son relativamente pequeños. Dadas las condiciones extraordinarias, hay muy poco riesgo de que se repita y el mero carácter de una transición hace que el *court-packing* sea una herramienta excepcional accesible solo en el marco del Estado de derecho transicional<sup>230</sup>. La excepcionalidad de la transición también elimina el temor de los jueces a tener que enfrentarse a amenazas inminentes de *court-packing*.

Por lo tanto, si el país está experimentando realmente una transición democrática, entonces sostenemos que la nueva élite política puede aplicar el *court-packing* sin más condiciones como parte de la legislación de justicia de transición. La discrecionalidad de la nueva élite política de justicia transicional y, en consonancia con la doctrina de la justicia transicional, no requiere ninguna otra condicionalidad política.

Sin embargo, insistimos en que el criterio se refiere únicamente a las transiciones a la democracia y su interpretación deja poco lugar a dudas, basándose en clasificaciones establecidas de regímenes por la ciencia política (por ejemplo, V-Dem). No obstante, cabe señalar que este paso es temporal y la justificación de la transición no puede abarcar un período demasiado largo. Esto fue claramente visible en Hungría cuando Orbán intentó por primera vez justificar públicamente la disminución general de la edad de jubilación de los jueces mediante la desmunicipalización<sup>231</sup>. La justificación, sin embargo, no resultó válida, ya que, en los más de veinte años transcurridos desde la revolución, la mayoría de los jueces que habían servido bajo el régimen comunista ya habían abandonado el sistema y el resto se había mostrado leal al nuevo régimen. Cabe mencionar que el Gobierno de Orbán abandonó posteriormente la retórica de la descomunización y en los procedimientos ante el TJUE justificó (sin éxito) su mecanismo de reducción de la edad de jubilación únicamente por la necesidad de unificar las distintas edades de jubilación de los funcionarios públicos y de aumentar la diversidad de edades en el poder judicial<sup>232</sup>. Del mismo modo, el TEDH dejó claro que el hecho de que haya transcurrido mucho tiempo desde una revolución democrática hace que las leyes de depuración sean problemáticas<sup>233</sup>.

Si el plan de *court-packing* no puede justificarse como medida transitoria, pasamos al segundo paso y nos preguntamos si aborda la corrupción judicial generalizada. Como han demostrado casos recientes de conducta corrupta de los jueces, la implementación de herramientas de rendición de cuentas para librar a los tribunales de la corrupción y las redes de patronazgo muy arraigadas invita a intervenir de manera más amplia en su composición. Estas amplias injerencias cuentan con el apoyo general de la comunidad internacional<sup>234</sup>. Al igual que el cambio de régimen, la corrupción

---

<sup>230</sup> Teitel, *supra* nota 202.

<sup>231</sup> Belavusau, *supra* note 79; Dariusz Kałan, «A Private State: Viktor Orbán's National Post-Communism», *Klub Jagiellonski* (1 de julio, 2019), <https://klubjagiellonski.pl/2019/07/01/a-private-state-viktor-orbansnational-post-communism/>.

<sup>232</sup> Case C-286/12, Eur. Comm'n v. Hungary, ECLI:EU:C:2012:687 (6 de noviembre, 2012).

<sup>233</sup> Cynthia M. Horne, *International Legal Rulings on Lustration Policies in Central and Eastern Europe: Rule of Law in Historical Context*, 34 *Law & Soc. Inquiry* 713 (2009).

<sup>234</sup> Comisión de Venecia, *supra* nota 203.

a gran escala permite interferencias significativas en la composición de los tribunales con el fin de renovar su independencia y la confianza pública en ellos, pero también para disuadir la repetición de conductas corruptas. Dada la importancia y el alcance de la corrupción que requiere la reforma sustancial de un poder del Estado, las técnicas para abordar la corrupción judicial a gran escala se acercan mucho a la discrecionalidad que suele aplicarse como parte del Estado de derecho de transición<sup>235</sup>. Eso significa que los actores políticos pueden aspirar legítimamente a una técnica que conduzca a la destitución de aquellos jueces sobre los que exista una sospecha razonable de corrupción judicial, como una disparidad anómala entre sus propiedades e ingresos.

Al igual que la transición de régimen, el carácter extraordinario de la corrupción a gran escala elimina la mayoría de los peligros tradicionales del *court-packing*, especialmente los relacionados con la repetición, la normalización o las limitaciones de la independencia judicial subjetiva interna y subjetiva. Sin embargo, dependiendo de los actores implicados en las prácticas corruptas, el *court-packing* justificado por la corrupción a gran escala podría conducir a la polarización partidista del Poder Judicial, especialmente en los sistemas bipartidistas. Sin embargo, en comparación con otras justificaciones de *court-packing* legítimo que se tratan a continuación, su ejecución legítima no puede estar condicionada por el apoyo multipartidista, ya que las redes de corrupción suelen incluir tanto a jueces como a políticos. Además, si bien varias opiniones de expertos pueden ser una herramienta útil para probar la rectitud de las afirmaciones de un Gobierno, sostenemos que un problema estructural tan grave como la corrupción a gran escala del Poder Judicial no debe atar las manos de los líderes políticos, que a menudo necesitan utilizar el impulso de una coalición sólida para impulsar una reforma anticorrupción<sup>236</sup>. Creemos que es suficiente que los organismos supranacionales, incluido el TEDH, hayan reafirmado recientemente que las interferencias en la independencia judicial mediante mecanismos severos de rendición de cuentas son posibles en aquellos países que enfrentan redes de corrupción generalizadas<sup>237</sup>.

Por otra parte, lo que podría promover significativamente la legitimidad de estos mecanismos de rendición de cuentas en cuanto a la investigación de los jueces nacionales es la participación de jueces extranjeros jubilados, en particular aquellos que se han adaptado a la cultura nacional (es decir, que entiendan la cultura, el sistema jurídico y el idioma)<sup>238</sup> y que gozan de un alto nivel de respeto en el país en cuestión<sup>239</sup>. Un ejemplo exitoso de este tipo de empleo de jueces extranjeros fue el nombramiento de Sir Anthony Hooper, es miembro del Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales, como presidente del Consejo Público Ucraniano de Expertos Internacionales, responsable de los candidatos judiciales para el Tribunal Superior Anticorrupción en cuanto a su integridad y ética<sup>240</sup>.

---

<sup>235</sup> Teitel, *supra* nota 202.

<sup>236</sup> Tamir, *supra* nota 186.

<sup>237</sup> Comisión de Venecia, *supra* nota 203.

<sup>238</sup> Véase igualmente Rosalind Dixon & Vicki Jackson, *Hybrid Constitutional Courts: Foreign Judges on National Constitutional Courts*, 57 Colum. J. Transnat'l L. 283 (2019).

<sup>239</sup> Véase igualmente Anna Dziendzic, «Foreign Judges of the Pacific as Agents of Global Constitutionalism», 10 *Global Const.* 351 (2021); Anna Dziendzic, *Foreign Judges in the Pacific* (2021).

<sup>240</sup> «To Trust Is to Choose: International Experts Vetting Candidates for Public Office», *Verfassungsblog* (23 de abril, 2021), <https://verfassungsblog.de/to-trust-is-to-choose/>. Sir Anthony Hooper y otros destacados jueces extranjeros que forman parte del Consejo de Ética de Ucrania (creado en 2021) que se creó para establecer la conformidad de un candidato al puesto de miembro del Consejo Superior de Justicia (el Comité de Nombramiento y Disciplina Judicial) con los criterios de ética e integridad profesionales.

Si la estrategia de *court-packing* no se considera una respuesta a la corrupción judicial generalizada, pasamos al tercer paso, en el que nos preguntamos si el *court-packing* responde a un *court-packing* ilegítimo anterior. Como ya hemos señalado anteriormente, este paso no puede basarse en el comportamiento posterior de los jueces resultado del *court-packing*, ya que tal enfoque dejaría demasiado margen a los líderes políticos para normalizar las estrategias de *court-packing* y dependería de la problemática comprobación de cómo se comportan los jueces y qué motiva los resultados de su toma de decisiones. En su lugar, al igual que los pasos anteriores, el *court-packing* reactivo está limitado en el tiempo y no debería utilizarse para rectificar cualquier *court-packing* ilegítimo original tras un largo periodo de tiempo. Sin embargo, dado el riesgo inherente de entrar en una espiral de planes de *court-packing*, *court-packing* justificado por una respuesta a anteriores ajustes ilegítimos de los tribunales solo es legítimo si está condicionado por su proporcionalidad a las ramificaciones perjudiciales del anterior *court-packing* ilegítimo. En otras palabras, nos preguntamos si la composición de los tribunales persigue un «efecto combinado», que equilibre los resultados del futuro *court-packing* ilegítimo. Por ejemplo, el nombramiento de cinco magistrados del Tribunal Constitucional polaco por parte del Gobierno de Kaczyński fue claramente una represalia por la ilegítima medida anterior del Ejecutivo de la Plataforma Cívica de seleccionar prematuramente a dos magistrados. Sin embargo, Kaczyński no ejecutó su paso proporcionalmente, y en lugar de equilibrar o rectificar el *court-packing* previo de los tribunales, intentó obtener una ventaja aún mayor en el Tribunal nombrando a cinco nuevos magistrados. Del mismo modo, si el nombramiento de Gorsuch o Barrett para el Tribunal Supremo de EE.UU. equivalía realmente a un *court-packing*, la Administración de Biden podría ampliar el Tribunal Supremo con un solo juez<sup>241</sup>. Y lo que es más controvertido, si tanto la negativa de votar por Merrick Garland y el nombramiento de Barrett fueran ejemplos de *court-packing* ilegítimo, la Administración de Biden podría aumentar legítimamente el tamaño del Tribunal Supremo con dos jueces. Si tal propuesta «sensible» no es proporcional, es ilegítima. Por lo tanto, el efecto combinado del *court-packing* sirve de baluarte contra el *court-packing* cíclico, ya que el *court-packing* proporcional cierra el ciclo y minimiza la amenaza de represalias recurrentes. Por último, si el *court-packing* no se relaciona con ninguna de las justificaciones anteriores, pasamos al cuarto paso y nos preguntamos si responde a la falta de representatividad o la ineficacia del tribunal. En comparación con las anteriores justificaciones de nivel medio, estos objetivos del *court-packing* plantearían los mayores riesgos, ya que se basan en quejas e insatisfacción más generales y frecuentes respecto a los tribunales. Estas justificaciones supuestamente dignas a menudo invocan objetivos partidistas y sirven de mera fachada. Por esa razón, condicionamos estas justificaciones de nivel medio con una serie de criterios deliberativos muy estrictos: la capacidad del líder político para garantizar el apoyo multipartidista (o bipartidista), la validación en un referéndum constitucional (Turquía 2010) o el apoyo de expertos (internacionales).

Según las consideraciones democráticas, es difícil eliminar las estrategias de *court-packing* conforme a la Constitución y son ejecutadas, por ejemplo, por Gobiernos que disfrutan de una mayoría constitucional. Sin embargo, podemos limitarlas mediante condiciones deliberativas estrictas sobre el consenso alcanzado dentro de la esfera política, la arena pública o la arena internacional de expertos en aquellas sociedades fragmentadas en las que el espectro político cuyos

---

<sup>241</sup> Por supuesto, somos conscientes de que en casos similares al ejemplo de EE.UU. puede ser difícil llegar a un acuerdo sobre cuál es el principio constitucional y si el acto del Ejecutivo era o no constitucional. Por ese motivo, nos basamos en nuestra definición de *court-packing*, y no en la de constitucionalidad, ya que nuestra definición se basa en criterios más objetivos para evaluar el efecto de una determinada práctica en los tribunales.

actores frenaron previamente al Poder Judicial nunca aceptarían su rectificación mediante el *court-packing*. La deliberación internacional multipartidista o experta también sirve para frenar los esfuerzos de *court-packing* en aquellos casos en los que el espectro político o la sociedad están demasiado polarizados y en los que el *court-packing*, incluso bien intencionado, podría conducir a una polarización aún mayor.

La mayoría de las demás justificaciones posibles (como las invocadas por los Gobiernos polaco y húngaro ante el TJUE, es decir, la necesidad de unificar las normas sobre los límites de edad para la jubilación obligatoria en toda la sociedad o la armonización de los regímenes de pensiones de jubilación) simplemente no alcanzan el umbral necesario para legitimar una injerencia tan intensa en la independencia judicial como el *court-packing*<sup>242</sup>. Sin duda, hay acontecimientos como la disolución del Estado, la secesión, la reunificación o la incorporación de un nuevo estado a una federación, que plantean problemas únicos que requieren soluciones únicas. Dicho esto, es importante tener en cuenta que incluso estos momentos constitucionales únicos se pueden aprovechar para obtener beneficios políticos, por lo que ningún cambio irregular en la composición del tribunal es puramente técnico.

Por lo tanto, nuestros criterios para el *court-packing* legítimo son estrictos. Sin embargo, la construcción de un algoritmo con una prueba estricta fue una decisión consciente por nuestra parte y refleja nuestra definición de *court-packing*, que no prohíbe todos los cambios en la composición de los tribunales supremos. Por ejemplo, *permite* cambios graduales *pro futuro* en la composición de los tribunales que no beneficien directamente al Gobierno de turno. Teniendo en cuenta estas consideraciones, sostenemos que las situaciones en que los líderes políticos necesitan recurrir al *court-packing*, según nuestra definición, para rectificar problemas dentro del Poder Judicial son en realidad poco frecuentes, con la excepción de la respuesta a un *court-packing* anterior.

Así, algunos autores afirman que el *court-packing* debería ser un último recurso, considerado en el contexto de otras reformas disponibles<sup>243</sup> o incluso que otras prácticas de control de tribunales podrían ser más apropiadas<sup>244</sup>. Esto encaja bien con la idea de que, incluso si el *court-packing* persigue un objetivo legítimo, sus técnicas individuales, su legalidad o constitucionalidad (es decir, el *ius in bello*) aún deben ser evaluadas. De hecho, existen varias propuestas sobre la mesa, tanto en Estados Unidos (ampliación del Tribunal Supremo, introducción de límites a los mandatos de los jueces, restricción de la jurisdicción, nombramiento de todos los jueces de apelación de los tribunales de circuito como jueces del Tribunal Supremo para formar grupos aleatorios de nueve jueces)<sup>245</sup> y en Europa (destitución de jueces post-reajuste<sup>246</sup>, criminalización<sup>247</sup> o sanción disciplinaria de los jueces post-reajuste por Orbán y Kaczyński sobre la base de un principio derivado de la legislación de la UE<sup>248</sup>).

---

<sup>242</sup> Case C-286/12, Eur. Comm'n v. Hungary, ECLI:EU:C:2012:687 (6 de noviembre, 2012); Case C-192/18, Eur. Comm'n v. Poland, ECLI:EU:C:2019:924 (5 de noviembre del 2019); Case C-619/18, Eur. Comm'n v. Poland, ECLI:EU:C:2019:531 (24 de junio del 2019).

<sup>243</sup> Daly, *supra* nota 10.

<sup>244</sup> Braver, *supra* nota 8.

<sup>245</sup> Mark Tushnet, «What Kinds of “Supreme Court Reform” Could Rebalance the Supreme Court?», *Yale Univ. Press Blog* (7 de octubre del 2020), <http://blog.yalebooks.com/2020/10/07/what-kinds-of-supreme-court-reformcould-rebalance-the-supreme-court/> Epps & Sitaraman, *supra* nota 175.

<sup>246</sup> *Debate: Restoring Constitutionalism*, *supra* nota.

<sup>247</sup> Von Bogdandy & Spieker, *supra* nota 163.

<sup>248</sup> *Debate: Restoring Constitutionalism*, *supra* nota 162.

Por lo tanto, la cuestión central que debe abordarse en la dimensión *ius in bello* del *court-packing*, es cómo evaluar la idoneidad de estas técnicas alternativas. Incluso si un plan concreto de *court-packing* se considera legítimo según nuestros criterios, no podemos pretender que no interfiere con la independencia judicial. De hecho, los que se oponen al *court-packing* legítimo suelen afirmar que cualquier *court-packing*, incluyendo los casos legítimos, reforzaría la opinión de que los tribunales no son imparciales defensores de los derechos<sup>249</sup> y que parecen más partidistas<sup>250</sup> o francamente politizados<sup>251</sup>. Tampoco está claro qué efecto tendrá el *court-packing* en la toma de decisiones de los tribunales, un factor que es particularmente relevante por un *court-packing* motivado por el sesgo ideológico de los tribunales<sup>252</sup>. Del mismo modo, no podemos estar seguros de que el *court-packing* legítimo no vaya a salir mal. Por ejemplo, Daly afirma que la revisión del Tribunal Constitucional turco en el 2012 y las purgas en el Tribunal Supremo argentino en la década de 1980 son contextos en los que el *court-packing* era inicialmente justificable, pero fue capturado inextricablemente por patologías profundamente arraigadas o en desarrollo del sistema político<sup>253</sup>.

El *ius in bello* del *court-packing* legítimo nos lleva a examinar más a fondo las tensiones entre el *court-packing* y las garantías constitucionales (o internacionales) de la independencia judicial. Sostenemos que cualquier *court-packing* legítimo debería imponer la menor presión posible sobre los principios de constitucionalidad e independencia judicial y para ello, los líderes políticos deben analizar cuidadosamente qué técnicas de nuestra taxonomía son las más apropiadas para alcanzar sus objetivos.

La cuestión de la idoneidad de las técnicas está estrechamente relacionada con otra consideración teórica, que es la relación entre legitimidad y constitucionalidad del *court-packing*. Si bien nuestra evaluación del *court-packing* y su legitimidad utiliza un mayor nivel de abstracción, lo que nos permite crear un algoritmo de legitimidad de aplicación universal, mantenemos la lógica de la adecuación de las técnicas al contexto. Nos limitamos a dividir las técnicas en tres categorías muy amplias: (i) técnicas intrínsecamente reprobables (como la amenaza de violencia, la interferencia en los derechos de propiedad, destituciones abusivas, sanciones disciplinarias o enjuiciamiento); (ii) técnicas de mano dura (como la lustración) que requieren una élite política con una discreción muy considerable, y (iii) técnicas legítimas *prima facie*, que pueden ser de carácter constitucional en sí mismas pero que, por sus efectos, pueden equivaler a un *court-packing*.

Como se muestra en la figura 2, el alcance de las técnicas disponibles para la aplicación del *court-packing* se reduce a medida que disminuye la discrecionalidad de los políticos que utilizan cuatro justificaciones de legitimidad diferentes. La primera categoría, la técnica de *court-packing* intrínsecamente censurable, nunca puede pasar por el embudo de la legitimidad.

---

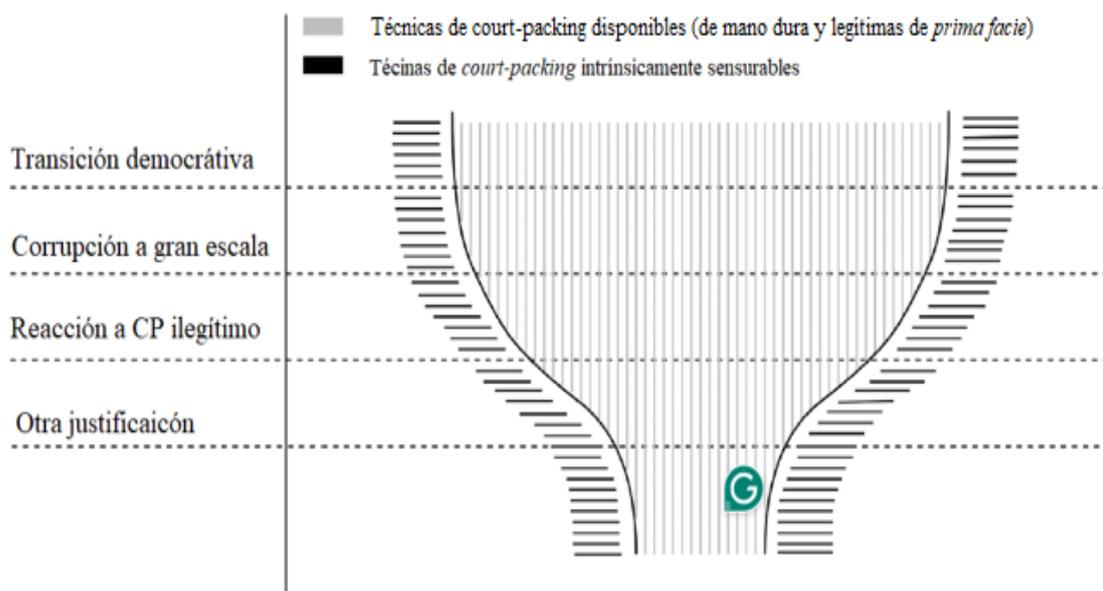
<sup>249</sup> Bojan Bugarcic & Mark Tushnet, *Court-Packing, Judicial Independence, and Populism. Why Poland and the United States Are Different*, Verfassungsblog (11 de julio, 2020), <https://verfassungsblog.de/court-packing-judicialindependence-and-populism/>; Bojan Bugarcic & Mark Tushnet, *Power to the People: Constitutionalism in the Age of Populism* (2021).

<sup>250</sup> Jasmine Aquilera, "I Am Very Much Alive": Ruth Bader Ginsburg Discusses Her Health, the Late Justice Stevens and Court Packing, Time (24 de junio, 2019), <https://time.com/5634180/ruth-bader-ginsburgsupreme-court-justices-health/>.

<sup>251</sup> Moyn, *supra* nota 159.

<sup>252</sup> *Id.*

<sup>253</sup> Daly, *supra* nota 10.



**Figura 2:** Diversificación de las técnicas de *court-packing* en función de los objetivos legítimos del *court-packing*. Fuente: autores.

El alcance de las técnicas disponibles de *court-packing* de la segunda y tercera categorías se reducen junto con el rigor de los criterios exigidos para los distintos pasos del algoritmo de legitimidad. Mientras que el *court-packing* transicional permite a los líderes políticos una amplia discrecionalidad (de conformidad con las teorías del Estado de derecho transicional) y recurrir a técnicas de «mano dura», el número de técnicas disponibles se reduce cuanto más descendemos en el algoritmo. La decisión concreta, sin embargo, sigue dependiendo de una evaluación muy cuidadosa de la compatibilidad de cada una de las técnicas con las normas constitucionales e internacionales pertinentes para el país en cuestión.

## 5. Conclusión

En este artículo, hemos reconceptualizado el *court-packing* como un cambio de la composición del tribunal existente, que es irregular, impulsado activamente, y crea una nueva mayoría en el tribunal o restringe la antigua. Hemos dividido las técnicas existentes de *court-packing* en tres categorías generales: ampliación, vaciado e intercambio de estrategias que dan lugar a cambios cuantitativos o cualitativos en la composición del tribunal. También sostuvimos que, aunque es necesario reconocer que el *court-packing* a veces puede tener objetivos legítimos, las tres estrategias de *court-packing* entrañan riesgos, salvo que sean mitigadas por un conjunto estricto de criterios procesales y deliberativos.

La intensidad del debate en EE.UU. y la existencia de un grupo de académicos y expertos inclinados a aceptar la reforma del *court-packing* empañan la consideración general del *court-packing* como práctica legítima. La gran cantidad de voces que abogan por el *court-packing* se basa en la consideración normativa de que el poder judicial de EE.UU. se enfrenta a una crisis democrática

que justifica cualquier medida, incluido el *court-packing*. Sin embargo, nuestro análisis comparativo, y las repercusiones y peligros que plantea el *court-packing* en el extranjero muestran que su aplicación es mucho más compleja. El debate estadounidense nace de la posición única de los jueces del Tribunal Supremo, que son elegidos con garantías especialmente fuertes de permanencia e inamovilidad. Este contexto específico, que aumenta los intereses políticos en la selección judicial e introduce fenómenos como las dimisiones judiciales estratégicas, resulta especialmente inadecuado como punto de partida para conceptualizar el *court-packing* a nivel global.

Para distinguir entre el *court-packing* legítimo y el ilegítimo, nos basamos en nuestra conceptualización comparativa. Renunciamos a meta-debates cargados por su relación con la separación de poderes, el Estado de derecho, la capacidad de respuesta social o la confianza pública, y en su lugar nos centramos en justificaciones pragmáticas de nivel medio del *court-packing* y las contingencias prácticas de su aplicación.

Así, nuestra teoría de nivel medio reconoce dos dimensiones centrales del *court-packing* legítimo: el *ius ad bellum* (el objetivo legítimo que persigue el *court-packing*) y el *ius in bello del court-packing* (cómo ejecutarlo legítimamente). El *ius ad bellum* del *court-packing* se basa en las siguientes cinco justificaciones de nivel medio del *court-packing*: (i) para garantizar una transición democrática fluida; (ii) para erradicar la corrupción judicial generalizada; (iii) para responder a anteriores procesos ilegítimos de *court-packing*; (iv) para reequilibrar un tribunal poco representativo, y por último, (v) para mejorar la eficacia de un tribunal.

El *ius in bello* del *court-packing* nos informa sobre las técnicas apropiadas para llevar a cabo el *court-packing*, señalando las que consideramos técnicas intrínsecamente reprobables (por ejemplo, las que violan abiertamente las normas constitucionales e internacionales). Basándonos en los peligros y riesgos que plantea cada una de estas justificaciones de nivel medio del *court-packing* (la ciclicidad, la politización partidista de los tribunales y la propagación del miedo entre los jueces que tienen que decidir sobre cuestiones políticamente destacadas), condicionamos en nuestro algoritmo de legitimidad las respectivas justificaciones con el uso de estrictos criterios deliberativos. Cuantos más peligros genere el *court-packing* y cuanto más profundicemos en el algoritmo de legitimidad, menor será la discrecionalidad de los líderes políticos para elegir una técnica apropiada de *court-packing*.

Esta teoría de nivel medio nos ayuda, por tanto, a ofrecer una conceptualización general de la legitimidad del *court-packing*. Un análisis tan matizado y desvinculado de las peculiaridades de un país determinado o de un mecanismo utilizado proporciona una herramienta única para evaluar la legitimidad de los planes de *court-packing* en todo el mundo. Advertimos que muchas de las consideraciones que utilizamos para poner a prueba las dos dimensiones de la legitimidad se basan en hechos y pruebas que deben evaluarse caso por caso. Nuestra teoría de nivel medio de la legitimidad del *court-packing* invita a otros investigadores a emprender estudios empíricos en profundidad sobre ejemplos concretos de *court-packing*, examinando en particular los *court-packing* «buenos» que no se convirtieron en «malos». Comprender sus motivaciones, su aplicación, sus peligros y efectos ayudará a poner a prueba nuestra teoría y aportará conocimientos nuevos, muy necesarios sobre su interacción con otras normas y valores constitucionales.