

2. Sobre la degradación del sistema de controles (y del control judicial, en particular)

En las actuales condiciones institucionales, cuando se ha revelado imposible la vieja promesa de la representación (incorporar a toda la sociedad dentro de la estructura constitucional), el conjunto de la ciudadanía queda situada "por fuera" del proceso de toma de decisiones. Por ello se tornan más importantes las preguntas acerca del papel que los ciudadanos pueden desempeñar en el control de las acciones de los funcionarios que actúan en su nombre.

Hacer referencia a la "crisis del sistema representativo" no significa negar que haya algún líder o conjunto de funcionarios electos que se vinculen más o mejor con la ciudadanía, o que esta se identifique intensamente con ellos o con algunas de sus iniciativas, durante todo su mandato o durante un tiempo. Sin embargo, es importante subrayar que, de este modo, la representación pasa a depender ya no de la "identidad" o fuerte semejanza entre elegidos y electos –identificación en la que se pensó en sus orígenes– sino del azar, la buena voluntad del funcionario y su discrecionalidad. De allí, otra vez, la creciente importancia del sistema de controles.

Al respecto, podría decirse –como sostuvo en su momento James Madison– que el buen funcionamiento del sistema institucional no puede descansar en el carácter "virtuoso" o angelical de quienes han sido electos. Por eso mismo, para Madison, el "test" del buen sistema institu-

cional consistía en que pudiera funcionar aceptablemente aun en caso de que los cargos públicos fueran ocupados por "demonios" (o por funcionarios devenidos en "demonios"). Para evitar los riesgos de elencos corruptos o poco "virtuosos" resulta fundamental acompañar al sistema representativo con dispositivos eficientes de controles sobre el poder. Los "padres fundadores" del constitucionalismo moderno pensaron en una diversidad de controles posibles: controles *internos* o *endógenos* (de una rama del poder frente a las otras) y controles *externos* o *populares*. Querría detenerme brevemente en cada uno de ellos, en particular en los controles judiciales, para hacer foco sobre dificultades y patologías que explican en parte los fracasos que hoy reconocemos en las latitudes más diversas.

Controles "endógenos" (los "frenos y contrapesos"): el control judicial

Los controles "endógenos" ideados en los orígenes del constitucionalismo fueron variados. Incluyeron tanto controles políticos —el "veto" presidencial, el "juicio político", el "poder de insistencia" del Legislativo sobre el Ejecutivo, etc.— como, muy en particular, controles no políticos o judiciales. En estos últimos se centraban las principales expectativas de asegurar la estricta supervisión de las decisiones que fueran a tomar los órganos políticos a cargo de definir e implementar las políticas públicas. Por eso, tiene algún sentido dejar en claro, desde un comienzo, ciertos radicales problemas de la maquinaria del sistema judicial como aparato de control:

1. la "independencia" judicial y la base elitista sobre la que descansa su diseño;

2. su
3. la
4. e

Haré mi
tos de El
ño: el n°
Judicial,
y el n° 5
de cont

Sobre

y el eli

La pri

cepción

En efe

dos o

const

nes: l

des (

flexión

técni

peor

ro y

cole

en l

"inc

rac

Fed

ale

tar

"n

ci

2. su carácter contramayoritario;
3. las dificultades "interpretativas" que enfrenta el Poder Judicial y
4. los rasgos "motivacionales" que lo caracterizan.

Haré mis comentarios sobre la base de los dos grandes textos de *El Federalista* en los que se apoyó y justificó su diseño: el n° 78, dedicado específicamente a justificar al Poder Judicial, su independencia y su vínculo con la democracia; y el n° 51, que revela la lógica o dinámica del mecanismo de controles o "frenos y contrapesos".

Sobre la "independencia" y el elitismo judicial

La primera afirmación que querría hacer atañe a la concepción elitista que alimentó el diseño del Poder Judicial. En efecto, en el momento de darle forma, primó una de dos opciones principales acerca de cómo favorecer (o constituir) la racionalidad e imparcialidad de las decisiones: la concepción elitista conforme a la cual tales virtudes (racionalidad, imparcialidad) se desprendían de la *reflexión aislada de unos pocos*, bien capacitados o preparados técnicamente (que en el "momento fundacional", para peor, se relacionaba con la reflexión de la élite con dinero y poder), y no, por el contrario, de procesos de *reflexión colectiva*. De allí el énfasis que se hizo (en *El Federalista* 78) en la preparación/formación exigida a los jueces y en su "independencia", entendida esta, sobre todo, como separación de la ciudadanía. Al decir de James Madison en *El Federalista* 49, los jueces iban a encontrarse "demasiado alejados de la ciudadanía" –*too far removed from the people*–, tanto por su "modo de designación" como a partir de la "naturaleza de su cargo" y su "permanencia" en él. Es decir, desde el "momento fundacional" del constitucionalis-

mo, cuando se concibió la independencia judicial, no se tuvo en mente, exclusiva ni primariamente, la "independencia" de los jueces inferiores de los superiores; tampoco la independencia de la justicia de las ramas políticas del poder (una preocupación que sí tuvo un lugar relevante en las reflexiones originales del constitucionalismo). En cambio se pensó, sobre todo, en la independencia de los jueces en relación con la mayoría de la población. Y ello, tanto por razones (digamos así) aceptables (permitirles a los jueces una reflexión más tranquila y no sujeta a presiones; separar a los jueces de las "pasiones sociales del momento"), como por razones menos aceptables (el elitismo de pensar que la reflexión ciudadana o colectiva podía "contaminar" la imparcialidad propia de las minorías bien preparadas), y supuestos discutibles (que los jueces no iban a verse afectados por las pasiones, arrebatos e irracionalidades que atravesaban a la ciudadanía en general). Los demócratas podemos reconocer un primer problema, entonces, en cuanto a cómo se entendió la independencia judicial desde sus orígenes, y las razones elitistas que justificaban otorgarle al Poder Judicial la "última palabra" constitucional.

Sobre la "dificultad contramayoritaria"

Me concentro ahora en un segundo problema que afecta al Poder Judicial y que Alexander Bickel popularizó, en 1961, como "dificultad contramayoritaria". Se refería al hecho de que el poder con las credenciales democráticas más débiles (por el modo indirecto en que son electos sus miembros, por su permanencia en el cargo, etc.) fuera capaz, en democracia, de "ganarles" o "torcerles el brazo" —por ejemplo, invalidando una ley— a los órganos políticos que por su elección directa o su rotación más frecuente cuentan con las credenciales democráticas más fuertes.

Ya Alexander
cuando e
tes. En e
cido inte
sostuvo
una nor
tidemocr
tanto vo
volunta
Así, pro
Judicia
como u
safiada
var" es

Esta
go, a
Const
día se
o por
conoc
bargo
el sig
pueb
cuand
desa
si el
reso
por
rían
quie
mo
pue
nos
ace

Ya Alexander Hamilton había reconocido ese problema cuando escribió *El Federalista* 78, casi doscientos años antes. En ese momento, Hamilton hizo el primer y más lúcido intento de disolver la “dificultad contramayoritaria”: sostuvo que la decisión del Poder Judicial de invalidar una norma del Congreso no debía considerarse como antidemocrática o contraria a la “voluntad del pueblo” (en tanto voluntad expresada por el Congreso), porque *dicha voluntad popular residía en la Constitución y no en el Congreso*. Así, proponía que la invalidación de la ley por el Poder Judicial debía leerse, contra lo sugerido por sus críticos, como un modo de “restaurar” la voluntad del pueblo, desafiada por los legisladores, y no como un modo de “socavar” esa voluntad.

Esta inteligente respuesta se enfrentaba, sin embargo, a muchos problemas. Por ejemplo: en qué sentido la Constitución (textos que hoy tienen más de dos siglos) podía ser entendida como *expresión* de la “voz del pueblo”; o por qué *solo* las normas constitucionales debían ser reconocidas como capaces de expresar esa “voz”. Sin embargo, el principal desafío al argumento de Hamilton era el siguiente: por qué los jueces (y no los legisladores o el pueblo mismo) debían arrogarse la “última palabra” en cuanto a cómo *interpretar* la Constitución, dados nuestros *desacuerdos razonables* y profundos en la materia. En efecto, si el problema de la interpretación no existiera o pudiera resolverse más o menos fácilmente, nadie se preocuparía por la “dificultad contramayoritaria”. Es decir, no importarían las “credenciales democráticas” del intérprete si cualquiera de nosotros tendiera a leer el derecho del mismo modo. Por el contrario, si la “brecha interpretativa” no puede cerrarse, porque —como sostuvo Jeremy Waldron— nos separan desacuerdos profundos y a la vez razonables acerca de cómo interpretar la Constitución, entonces el

problema de la legitimidad democrática relacionado con la pregunta de quién interpreta se radicaliza al extremo, porque ahora sí nos debe interesar muchísimo cuál es la legitimidad de quien va a decidir, en nuestro nombre, el sentido último de la Constitución.

Sobre la radical dificultad de interpretar la Constitución

Así, la respuesta de Hamilton (“los jueces solo resguardan la voluntad popular encerrada en la Constitución y desafiada por el Congreso”) depende de la “transparencia” u obviedad de la interpretación constitucional. En efecto, si la Constitución (o el derecho, en general) tuviera un sentido único o evidente, si los textos legales fueran “transparentes” en cuanto a su facilidad de lectura o si todos compartiéramos la misma teoría interpretativa, entonces sí podríamos darle la razón a Hamilton: el problema contramayoritario no existe, o no importa realmente. No habría dificultad de ese tipo porque *quienquiera fuese el intérprete* llegaría a la misma conclusión. Más específicamente, y como dijo unos años más tarde el juez Marshall:

¿Qué otra cosa puede hacer el intérprete de la Constitución para asegurar el respeto de la voluntad del pueblo, expresada en la Constitución, si los legisladores desobedecen el texto que están obligados a respetar? ¡No puedo hacer otra cosa que invalidar la ley que aquellos han dictado tergiversando el sentido de la Constitución!

Este razonamiento era falaz por varias razones. Ante todo, porque la invalidación no es la *única* alternativa disponible en manos de los jueces, cuando se encuentran con una ley que desafía a la Constitución (¿por qué no el “reen-

no, como propusier
 por que no la interve
 de la popular, como quera
 Jefferson?). Pero, sobre todo
 asumir que el juez, como sug
 se la Constitución, como sug
 es decir, como si el pr
 entre jueces y doctrinar
 vante: lamentablemen
 y en particular los t
 una generalidad y ab
 “sentido único” que
 En verdad, los p
 de interpretación
 tuaciones comu
 lo que dice la C
 de cierta ley (¿
 o no?) no tie
 nos ejemplo
 los compro
 las ideas d
 claramente
 fica, por
 tad de e
 la mate
 “hable
 “dem
 mas
 tos
 en
 d

vío”, como propusieran los revolucionarios en Francia; por qué no la intervención de otro órgano de representación popular, como quería Thomas Paine; o por qué no la propia ciudadanía, como sugirió en su momento Thomas Jefferson?). Pero, sobre todo, el razonamiento fallaba por asumir que el juez, cuando decide, simplemente “aplica” o “lee” la Constitución, como si esta tuviera un sentido único, es decir, como si el problema interpretativo no existiese. Y lo cierto es que dicha conclusión —demasiado común entre jueces y doctrinarios— oculta todo el problema relevante: lamentablemente, los términos de cualquier texto, y en particular los términos constitucionales, encierran una generalidad y abstracción completamente ajenas a ese “sentido único” que se presupone en ellos.

En verdad, los problemas que enfrentamos en materia de interpretación legal son muy serios: en infinidad de situaciones comunes, cotidianas, la pregunta sobre qué es lo que dice la Constitución en relación con el contenido de cierta ley (¿es esta ley válida a la luz de la Constitución o no?) no tiene una respuesta clara. Pensemos en algunos ejemplos. Una ley de aborto: ¿satisface o contradice los compromisos explícitos que asume la Constitución con las ideas de vida y libertad? Es decir: ¿la ley de aborto es claramente constitucional o inconstitucional? ¿Y qué significa, por caso, proteger el derecho constitucional de libertad de expresión? ¿Significa no hacer ninguna ley sobre la materia, como entienden algunos (dejando que solo “hablen” los más poderosos) o bien dictar leyes buscando “democratizar la palabra”? Lamentablemente, los problemas de interpretación (que, insisto, son *naturales* en textos “abstractos” como la Constitución) son imposibles de erradicar. En los hechos, luego de más de doscientos años de reflexión, seguimos sin contar con acuerdos interpretativos acerca de cómo leer el derecho. Es decir, convivimos

hoy con teorías interpretativas *para todos los gustos*, lo que —para peor— permite que el intérprete escoja la que más le “conviene”, según su propia preferencia o necesidad.

Ahondemos un poco en este problema devastador. Contamos hoy (entre decenas de otras) con dos teorías interpretativas particularmente influyentes: *teorías originalistas*, que nos piden decidir nuestras dudas interpretativas mirando al pasado (es decir, revisando qué dijeron los autores de la ley, qué pensaban los convencionales constituyentes, etc.); y teorías que buscan mantener la Constitución como un texto vivo y que nos sugieren resolver esos problemas mirando al presente (cómo entendemos hoy el término “igualdad”, el término “privacidad”, etc.). Con solo considerar estas dos teorías (entre las decenas que existen), ya podemos ver la dimensión del problema. Y es que, sin el mínimo obstáculo, el juez queda autorizado para decidir el caso conforme a lo dicho en el pasado o conforme a los acuerdos presentes, esto es, de un modo o bien de otro directamente contrario. Ejemplo: frente a una ley que criminaliza la homosexualidad, un juez conservador podría interpretar el término constitucional de “protección de la privacidad” conforme a lo que se decía al respecto hace doscientos años (y así condenar al homosexual); mientras que un juez liberal podría decidir el mismo caso, remitiéndose a la misma Constitución y al mismo concepto de privacidad, conforme al sentido presente o actual, y entonces entender que la acción del homosexual se encuentra absolutamente protegida por la Constitución.

Insisto: la Constitución aparece como compatible con un sentido x y con el sentido diametralmente contrario ($-x$), según cuál sea la teoría interpretativa escogida. Ello permite algo todavía más grave, que convierte nuestro problema en tragedia en términos de “Estado de derecho”

(Estado de derecho que requiere que la suerte de las personas no dependa de la voluntad discrecional de nadie). Ocurre que el intérprete, sin obstáculo legal alguno, puede decidir primero adónde quiere llegar (criminalizar al homosexual del ejemplo o protegerlo), y luego escoger la teoría interpretativa que le permite justificar lo que ya ha decidido de antemano (una teoría originalista, o una del "texto vivo").

Sobre los rasgos motivacionales en la función judicial

Paso ahora a otra dificultad, muy descuidada por la doctrina actual, relacionada con lo que podemos llamar el problema "motivacional" de la justicia. Empecemos con una referencia clásica: en *El Federalista* 51, Madison justificó el esquema de "frenos y contrapesos", y en una sola línea definió la lógica o mecánica de esos controles internos aludiendo a la cuestión "motivacional". Sostuvo que el esquema buscaba combinar los "móviles (o motivaciones) personales" de los funcionarios con los "medios constitucionales" que el texto mismo de la Constitución les otorgaba. Esa era la "lógica" del buen sistema constitucional. Así, como no estaba entre las expectativas que los funcionarios públicos fueran "ángeles" o seres "virtuosos" sino, antes bien, seres autointeresados, egoístas y más o menos racionales (estas eran las "motivaciones personales" contempladas), entonces, al dotar a cada cargo de herramientas de control (los "medios constitucionales", como el "veto" o el poder de invalidar una ley), se esperaba que cada poder se viera limitado por los restantes. El legislador o el presidente, previsiblemente, no iban a tener a los demás poderes "a raya" por las razones más nobles (digamos, por "virtud republicana") sino, más bien,

por puro egoísmo: porque no querrían que los demás poderes avasallaran al suyo propio. En materia judicial, dicha "lógica" muestra una primera faceta "general" más atractiva y otras más preocupantes. La faceta atractiva podría decir: "Mientras los funcionarios políticos van a provenir de/representar a la mayoría, los jueces no van a hacerlo; y por consiguiente –y en cuanto 'minorías'– van a estar motivados para proteger a las minorías". Entiendo que este tipo de ideas pudieron estar presentes en la justificación pública de la organización judicial, y creo que aún tallan en parte de la doctrina. Acepto la aproximación general, pero considero que se asume allí algo que es un problema, algo que no es cierto: del hecho de que el Poder Judicial, en cuanto poder "no mayoritario", no tenga una motivación especial para seguir a pie juntillas los intereses de las mayorías (y colaborar así en la opresión de minorías), no se deriva lo que el razonamiento sugiere, esto es, que sus miembros vayan a estar motivados a defender los intereses de (todas) "las minorías" perseguidas (homosexuales, afroamericanos, inmigrantes, etc.), algo que, por lo demás, no se verifica en la práctica.

Y aquí es donde aparecen las facetas más "preocupantes" del razonamiento. En efecto, alguien podría decir, para volver al momento "originario", que el argumento de aquellos "padres fundadores" era más específico, y que lo que en verdad les preocupaba era asegurar protección especial a una particular minoría: la de los grandes propietarios. Ellos podían pensar en estos términos, entonces: "Dado que la mayoría de los jueces, previsiblemente, va a surgir del sector hoy más amenazado (*the rich and well-born*, como se decía entonces), podemos esperar que –aunque sea por egoísmo, o defensa de los intereses de su grupo o clase– los jueces estén especialmente dispuestos a proteger a la minoría más amenazada de esta época". En ese sentido

sí podía esperarse (como se verificó en la práctica) que los jueces, como miembros de una particular minoría, contasen no solo con los “medios” sino con las “motivaciones” indispensables para proteger los intereses y derechos de esa particular minoría “amenazada” (la de propietarios) a la que pertenecían.

Ahora bien, en este contexto, no me interesa insistir sobre los peores rasgos elitistas del Poder Judicial sino, en especial, subrayar un problema vinculado con la “conexión motivacional” de sus miembros. Todos sabemos y entendemos hoy, aunque lo neguemos, que determinar “quiénes son” y “de dónde surgen” los miembros del Poder Judicial es crucial para saber qué tipo de decisiones va a favorecer o desalentar nuestro sistema institucional, y sin embargo, callamos sobre tal circunstancia, a la vez que proclamamos nuestra convicción de que “es el derecho el que debe decidir el conflicto, con independencia de quién sea o de dónde provenga su intérprete (aquel a quien le toque ‘leer’ el derecho)”. Es decir, proclamamos que el derecho debe aplicarse siempre igual, con prescindencia de quién lo aplique... aunque tenemos presente que ello no es en absoluto esperable, y sabemos por qué. Todos los estudios con los que contamos al respecto son unánimes en la materia: la sistemática *falta de diversidad* de los tribunales impacta negativamente en la protección de los derechos de los grupos subrepresentados. En otros términos: afirmamos con absoluta convicción que el Poder Judicial debe ser “no representativo” (porque solo la política debe serlo).

Y sin embargo, todos cuestionamos los tribunales que no son capaces de “representar”, en un sentido relevante, a la sociedad entera –por ejemplo, un tribunal solo compuesto por blancos, en una sociedad con millones de personas de color; o solo compuesto por hombres, en cualquiera de

nuestras sociedades—. ¹ En verdad, cuestionamos tales composiciones porque —callada, íntimamente— reconocemos el peso del argumento “motivacional” que hace doscientos años presentó Madison, y que desde entonces ocultamos bajo la alfombra de la Constitución.

En definitiva, el Poder Judicial fue creado sobre la base de supuestos elitistas (la imparcialidad vinculada con la razón, y la razón vinculada con la formación y la clase social); y apoyado en un principio de desconfianza a la democracia. Sus miembros —en consecuencia— fueron situados en una posición institucional alejada del alcance ciudadano, dotados de un poder extraordinario en términos constitucionales (el de pronunciar, en los hechos, “la última palabra”) y habilitados a utilizar técnicas interpretativas de lo más diversas —incluso contradictorias entre sí—, lo cual les permite decidir del modo en que prefieren. Es tal la posición de poder institucional que alcanzan los jueces que siempre, pero en particular en contextos de fragilidad institucional y dominio del Ejecutivo, como sucede en América Latina, las autoridades a cargo del poder político adquieren claros incentivos para “colonizar” al Poder Judicial —una ambición que, lo saben bien, ellos tienen la posibilidad de materializar—. Allí, en ese cruce de caminos, se encuentra la esencia de una historia latinoamericana

¹ Sabemos, por supuesto, que la “presencia” de una mujer o un “afroamericano” en un tribunal no “garantiza” la protección de los intereses de sus respectivos grupos, pero intuimos muy fuertemente (y con razón) que la ausencia de tales puntos de vista agravaría enormemente los riesgos de imparcialidad del tribunal. La pregunta es por qué, si rechazamos la idea de que el Poder Judicial sea un órgano representativo, nos parece entonces un escándalo que una Corte no incluya “representantes” de ciertas minorías.

de "dependencia política de la justicia". Para los jueces, situados en ese controvertido contexto institucional, contar con acceso a causas "sensibles" para el poder político y económico se presenta como un regalo divino: la gran oportunidad de protegerse o extorsionar al poder, en caso de sufrir amenazas por parte de aquel o de ambicionar recompensas de algún tipo. Un cóctel temible en términos constitucionales, pero a la vez muy reconocible en la mayoría de los países de la región.