Yale Law School
Yale Law School Legal Scholarship Repository

SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers

Yale Law School SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers

1-1-2004

El poder judicial en una democracia

Peter H. Schuck
Yale Law School

Follow this and additional works at: http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela

Recommended Citation
Schuck, Peter H., "El poder judicial en una democracia" (2004). *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers.* Paper 31.
http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/31

This Article is brought to you for free and open access by the Yale Law School SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers at Yale Law School Legal Scholarship Repository. It has been accepted for inclusion in SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers by an authorized administrator of Yale Law School Legal Scholarship Repository. For more information, please contact julian.aiken@yale.edu.

El poder judicial en una democracia

Peter H. Schuck
Simeon E. Baldwin Professor of Law
Yale Law School
New Haven, CT 06520-8215

En cierta medida, la relación entre el poder judicial y la democracia perece obvia: el poder judicial es un elemento esencial para la democracia. De hecho, cada democracia en el mundo ha establecido tribunales con una amplia jurisdicción sobre asuntos relevantes. Incluso, regímenes no democráticos como la Alemania Nazi, la China Comunista y la antigua Unión Soviética han acudido a los tribunales como mecanismo de ayuda para implementar, de manera impositiva, políticas públicas de carácter arbitrario, así como para hacer cumplir tales dictámenes particulares en la medida en la que dichos tribunales lo permitían.

La teoría es igualmente clara acerca de la necesidad de contar con tribunales al interior de cualquier comunidad política en funcionamiento, ya sea ésta democrática o no. Aristóteles, el primer teórico de las constituciones políticas que abordó el tema de modo comprehensivo, sostuvo que los tribunales eran necesarios para resolver conflictos en cualquier régimen aplicando principios generales del derecho a situaciones particulares de hecho, cualquiera que fuera su contenido sustantivo. Más de dos milenios después, Max Weber expuso que incluso las comunidades políticas que se basan de manera precaria (o que simplemente no se basan) en reglas jurídicas fijas ni en la fuerza del precedente judicial (su ejemplo fue la figura casi absolutamente discrecional del juez *kadi*), requieren acudir a los tribunales como puntos de apoyo para erigir un sistema de gobierno. De este modo, no corremos ningún riesgo al brindar esta idea: sin tribunales no hay gobierno y, ciertamente, no hay democracia.

Pero este es sólo el comienzo –o más precisamente, el final– de esta historia. Es bastante fácil notar la necesidad empírica y teórica de los tribunales en una democracia. Nuestra tarea, sin embargo, es entender la naturaleza de esta relación y cómo ésta difiere de una colectividad a otra, para lo cual propongo cinco variables que parecen determinar esta relación en cualquier sistema democrático. Estas son: (1) el grado de independencia judicial; (2) el prestigio social disfrutado por los jueces y por otros miembros que ejercen la profesión del derecho; (3) la autoridad jurídica formal conferida y ejercida por los tribunales; (4) el papel tanto de las instituciones como de los procesos característicos de la sociedad civil en la tarea de darle forma a las decisiones jurídicas y políticas y (5) el papel de los actores estatales no judiciales.

Quisiera hacer una advertencia antes de seguir adelante. La siguiente discusión esta basada principalmente en las instituciones y en las experiencias propias de Estados Unidos y, en menor medida, de Europa Occidental, las que me son más familiares y respecto a las cuales existe una literatura más abundante. No voy a subestimar las diferencias entre la tradición anglosajona (*common law*) y la tradición continental (*civil law*) del derecho, así que mencionaré esas diferencias cuando sean particularmente relevantes. Sin embargo, no encuentro razón para creer que las condiciones fundamentales que determinan la relación entre el poder judicial y la democracia no puedan ser aplicadas también a sistemas jurídicos de tradición continental al igual que a las políticas particulares de Latinoamérica.

1. La independencia judicial.

Entiendo por independencia judicial la libertad de los jueces para adelantar sus propios procedimientos y acceder, de este modo, a ciertas decisiones particulares sin tener en cuenta los deseos o las presiones de otros actores estatales al igual que de otros grupos sociales de poder. Para exponerlo de manera más ilustrativa, considero que esta libertad debe ser tanto estructural como cultural –esto es, los jueces deben disfrutar tanto de mecanismos de protección formal que puedan ser invocados contra amenazas a la independencia, como de mecanismos de protección que emerjan de los valores informales y de las tradiciones que se encuentran inmersas en la sociedad.

Se sobreentiende que en la descripción brindada la independencia judicial no es un fenómeno binario. Se trata, en su lugar, de un asunto de grados y matices. En Estados Unidos, donde la independencia judicial (especialmente aquella de los tribunales federales) se encuentra tan protegida (tanto desde el punto de vista estructural como del cultural) como cualquier otro sistema del que tenga conocimiento; los jueces, no obstante, se hallan influenciados por sus pasadas afiliaciones políticas, por sus deseos de avance profesional, por su sentido del *zeitgeist* al igual que por otros factores ajenos al ámbito jurídico. Ningún observador entendido duda que (en palabras de un famoso analista político del siglo XIX, George Washington Plunkitt) “la Corte Suprema acata los resultados electorales.” Con todo, la diferencia entre una colectividad política como la de Estados Unidos o como la del Reino Unido, donde los jueces son fundamentalmente independientes y, en una de ellas, donde los mismos se ven más constreñidos, como ha ocurrido con los jueces en algunos países latinoamericanos, puede ser la diferencia entre un Estado de Derecho sólido y uno débil.

Las garantías de carácter estructural (*structural safeguards*), por definición, no dependen de las particularidades de una situación dada, sino que, en su lugar, en mayor o menor medida consisten en protecciones de carácter comprehensivo que usualmente se pueden llegar a hacer cumplir como tal. En Estados Unidos, por ejemplo, los jueces federales son nombrados de manera vitalicia y no pueden ser removidos de sus cargos excepto en casos de acusación por "delitos y contravenciones graves," un parámetro ciertamente impreciso pero exigente. Su salario, así mismo, no puede ser reducido durante el tiempo de ejercicio de sus funciones. Tampoco el acceso a la judicatura (ni a ningún otro cargo oficial) puede llegar a depender de criterio religioso alguno. Una decisión judicial de larga data, asumida por la Corte Suprema, dispuso que los jueces no pueden ser instados a pronunciar decisiones no vinculantes, y como tradición (algunas veces aplicada, en otras ignorada, de modo selectivo) ellos mismos se han declarado impedidos en aquellos casos donde su grado de objetividad puede llegar a ser razonablemente puesto en tela de juicio. (Esta tradición esta siendo desafiada actualmente por un caso que protagoniza el Magistrado Antonin Scalia, ya que éste se ha abstenido de declararse impedido en un pleito judicial en el que el Vicepresidente Dick Cheney, con quien Scalia disfrutó una salida de cacería tomando un avión privado, es la parte demandada). Ahora bien, la totalidad de estas garantías no aplica en el caso de los jueces estatales, quienes, dependiendo del Estado, pueden llegar a ser elegidos popularmente y en esta medida se hallan bajo la influencia de diversos intereses en la recolección de recursos para sostener su candidatura. Incluso aquellos jueces estatales que son nombrados pueden llegar a ser revocados de su cargo con base en criterios menos exigentes que aquellos que se aplican a los jueces federales.

Si las actitudes culturales hacia la independencia judicial son de alguna manera mas importantes que las estructurales, ello es debido, por una parte, a que las primeras preceden causalmente a las segundas –es poco probable que las estructuras se establezcan a menos que ya existan valores subyacentes a ellas– y por la otra, a que dichas actitudes culturales infunden convicciones morales y soporte político a formas jurídicas que de otra forma se encontrarían vacías. Un ejemplo ostensible de esto ocurrió en 1937 cuando la sociedad y el Congreso de los Estados Unidos rechazaron firmemente el intento del Presidente Franklin D. Roosevelt de introducir en la Corte Suprema sus nominados con el fin de neutralizar a una corporación que había sido hostil con parte de su agenda del *New Deal.* De todas formas, las iniciativas más cotidianas de los políticos para dejar en entredicho la independencia judicial también han sido rechazadas, e igualmente, la politización del proceso de escogencia de candidatos para los tribunales federales (el cual ya no se encuentra limitado a las nominaciones efectuadas por la Corte Suprema) por sí misma se ha convertido en un asunto público de gran relevancia cuyo resultado aún es incierto.

Sin embargo, si lo que se quiere es preservar la independencia judicial, ésta se debe alcanzar en casos concretos. Un respaldo duradero a este principio en últimas depende de una creencia difundida en el público de que se puede confiar en que los jueces utilizarán su discreción libre de sujeciones, de manera adecuada y juiciosa. En el escenario anglosajón, esta confianza pública se ha consolidado sólo después de varios siglos de una lucha cuyo resultado de ninguna manera se hallaba predeterminado. La iniciativa del primer ministro británico Tony Blair de imponer un control político sobre la Casa de los Lords, la más alta corte del Reino Unido, demuestra que esta lucha de ningún modo se encuentra completamente superada. En

Argentina, así mismo, la campaña exitosa del Presidente Kirchner para lograr la dimisión masiva de los magistrados de la Corte Suprema, puede verse o bien como un triunfo de los derechos humanos, o como una amenaza de largo plazo a la independencia de la Corte, o como un poco de ambos.

Desde una perspectiva de la teoría de la elección pública, el dinamismo de la independencia judicial depende de la manera como los jueces, los políticos (y los electores) definen sus propios intereses. Los jueces, al menos en teoría, son fuertes promotores de la independencia judicial, y parece obvio que esto ayude a sus intereses profesionales mediante la maximización de su autonomía en la toma de decisiones, ofreciéndoles discreción para que apliquen las normas jurídicas que estimen apropiadas, y supeditándolos únicamente a sanciones que son relativamente suaves, tales como la revocación de sentencias por apelación o las críticas por parte de académicos y de otros observadores especializados. La teoría de la elección pública es menos clara respecto a si (y hasta qué punto) los políticos piensan que la independencia judicial sirve a sus metas electorales. Algunos han argumentado que la independencia judicial permite a los políticos asegurar el cumplimiento de diversos pactos mutuos mediante el perfeccionamiento de estatutos y regulaciones, los cuales, a su vez, incrementan su poder de negociación y su capacidad de predicción. Otros creen que esta misma independencia judicial socava la capacidad de predicción, al dar a los tribunales la libertad de apartarse de los pactos que los políticos consideran haber aceptado. Los analistas, por su parte, apoyan decididamente la independencia judicial por razones de principio y por su propio interés profesional.

Ahora bien, la afirmación según la cual la independencia judicial es útil para el interés público en materia de crecimiento económico cuenta con algún tipo de cimientos empíricos al igual que teóricos e ideológicos. En un nuevo documento, los autores Daniel Klerman y Paul Mahoney presentan datos mostrando que Inglaterra, a comienzos del siglo XVIII, mediante la adopción de medidas tales como cargos permanentes más seguros y otro tipo de garantías para los jueces, incrementó el valor de las compañías de iniciativa común. Otros autores también han argumentado que las garantías establecidas en favor de la independencia judicial en la *Revolución Gloriosa de 1688*, permitieron que el gobierno inglés realizara compromisos confiables para pagar deudas nacionales y protegiera otros derechos contractuales y de propiedad y, por lo tanto, promoviera inversiones y transacciones encaminadas al incremento de la riqueza. En relación con el crecimiento económico, y quizás como un asunto que resulta ser más importante para el bienestar social, la independencia también ha permitido que los tribunales protejan el disenso y la diversidad a pesar de múltiples presiones políticas para que exista uniformidad. Dicha protección, a su vez, ha incentivado de manera significativa la estabilidad social y las libertades individuales.

En este orden de ideas, ¿cuál es el efecto de la independencia judicial sobre el comportamiento judicial? Esta es una pregunta crucial que, no obstante, resulta difícil de responder por razones metodológicas obvias. Parte de la respuesta, con seguridad, reposa en las teorías interpretativas que los jueces adoptan y despliegan en sus fallos. Hoy día se puede destacar como una característica de la jurisprudencia contemporánea de los Estados Unidos (y quizás de otras partes) que los jueces empleen diversos modos de interpretación de los textos jurídicos. Esto no quiere decir que los jueces sean siempre (o incluso con frecuencia)

absolutamente concientes de las teorías particulares que utilizan –sólo los analistas jurídicos piensan de este modo teórico acerca de la hermenéutica– sino que se trata de una dinámica en donde académicos cuidadosos, con un sesgo particularmente teórico, a menudo elucidan los diversos tipos de hermenéutica (de manera aislada o algunas veces en formas híbridas) que se encuentran presentes en los fallos. Para los fines de este escrito, el punto importante radica en que la independencia permite que los jueces, entre otras cosas, puedan decidir, a partir de un número variado de opciones, la manera como ellos abordarán la interpretación de los textos jurídicos. Esta libertad hermenéutica, factible únicamente en aquellos regímenes que protejan la independencia de los jueces, es quizás la elección de mayor impacto que ellos realizan.

2. El prestigio judicial

Los jueces no pueden gozar de un estatus social alto si no son independientes. Si son simplemente funcionarios que cumplen las órdenes de los burócratas, serán tenidos en baja estima por aquellos que tienen los hilos del poder.

El estatus social de los jueces, sin embargo, depende de otros factores que van más allá de su independencia. El mismo también depende del alcance de su autoridad formal (la cual será discutida en la siguiente sección), del nivel de poder real que se espera que ejerzan, del respeto público por sus capacidades y su desempeño, de la exclusividad y del tamaño de la judicatura, de la estima con la cual son vistos por otras personas e instituciones prestigiosas y del hecho que se les asocie con una tradición respetable y con un protocolo solemne.

En Estados Unidos, los jueces gozan de una alta calificación en estos indicadores de estatus. No obstante, de manera general, esto resulta ser más cierto para los jueces federales que para los estatales. Como veremos, los primeros usualmente cuentan con una amplia jurisdicción sobre asuntos de gran importancia pública y privada. Su poder real a menudo va más allá de su jurisdicción formal (al menos en el sentido en que ellos tienden a interpretar su propia jurisdicción de manera expansiva) y así mismo sus medidas de reparación y compensación se extienden más allá del alcance de su propio dictamen.

Los criterios de aprobación pública sitúan invariablemente a los tribunales por encima de los políticos y de casi todas las otras instituciones sociales. El hecho de que el juez se ubique físicamente por encima de los demás asistentes en la sala de la corte, el manejo visible y completo de su entorno, sus modales encumbrados, las togas negras, su despliegue ostentoso de erudición y las ceremonias tradicionales, pueden ser caricaturizados por los expertos como esfuerzos elaborados de dramatización personal y de mistificación pública. Con todo, estos rasgos son efectivos al lograr ser asociados en el imaginario colectivo con aquel valor público fundamental, a saber, el Estado de Derecho. A pesar del crecimiento sostenido del número de jueces federales en Estados Unidos a través del tiempo, los mismos continúan conformando una élite reducida a la cual es difícil acceder. Finalmente, los jueces disfrutan de la deferencia comedida de otros actores prestigiosos insertos en los ámbitos político, jurídico y social.

Estos indicadores de prestigio, debe aclararse, alcanzan más fácilmente a los jueces que a los políticos o a los burócratas. Esto no sólo se debe a que los jueces guían su entorno en un sentido que resulta envidiable para burócratas y políticos, sino también, como lo explicaré

posteriormente, porque la función de adjudicar casos es una tarea mucho más sencilla que la de establecer políticas sociales complejas. Con todo, el ciudadano común probablemente entiende menos lo que hacen los jueces, en contraste con lo que hacen los políticos y los burócratas. La esfera política puede llegar a ser (y por lo general termina siendo) vista por el público como una especie de espectáculo familiar, efectivamente difundido, mientras que el lenguaje jurídico resulta más incomprensible, al igual que sus formalidades y procesos – incluso hoy día, cuando los programas de televisión sobre temas jurídicos y la presencia de los medios de comunicación al interior de las salas de los tribunales son algo común. Por esta razón, un público instruido y conocedor de asuntos jurídicos resulta ser una bendición limitada en cuanto al prestigio judicial concierne. En la medida en que la gente conozca más el modo como funciona el derecho, tal y como es interiorizado por la cultura popular, las mismas personas encontrarán el derecho no tanto como algo que inspira respeto, como sugieren los manuales cívicos, sino como un ámbito de carácter más político. Considero que esta desmitificación de los tribunales, la cual en muchos aspectos es deseable, probablemente está ocurriendo en Estados Unidos. Aquí, como en otros espacios, la familiaridad puede despertar desprecio.

Ahora bien, el prestigio es por naturaleza un bien escaso. Cuando se distribuye de una manera demasiado amplia tiende a degradarse. Por consiguiente, la competencia por el prestigio puede aproximarse a un juego de suma cero en el cual sólo un grupo puede ganar a expensas del otro. Si bien puede ser cierto o no que la reputación de otros actores políticos decrece, lo cierto es que cuando los tribunales desafían en sus juicios a los políticos, usualmente elevan su reputación como guardianes de los principios del Estado de Derecho. Esta ventaja, que puede parecer sorprendente dada la gran cantidad de herramientas disponibles para los políticos, tiende

a enardecer la ya intensa competencia institucional, la lucha por poder, que tiene lugar entre la rama judicial y otros sectores del Estado.

Ya he anotado que el prestigio de los tribunales en los Estados Unidos se encuentra fortalecido y a su vez, se ve reflejado, en la deferencia que otros actores sociales prestigiosos les concedan. De especial importancia para la independencia judicial, así como para su legitimidad, es el apoyo vigoroso de diversos elementos de la cultura jurídica, entre ellos los gremios de abogados, el sector académico y los medios de comunicación. Además, los políticos, quienes de manera entendible son reacios a perpetrar una batalla pública en contra de los tribunales, les brindan apoyo, al menos implícitamente.

3. La autoridad jurídica

El poder judicial depende, de una manera más evidente, de la autoridad jurídica formal de la que gozan los tribunales, esto es, del alcance de su jurisdicción y de las medidas judiciales encaminadas a hacer cumplir sus fallos. Por supuesto, esta autoridad, en última instancia, debe estar sustentada en la constitución. Sin embargo, el Congreso de Estados Unidos y los legisladores de los respectivos Estados han expandido de manera sostenida el alcance de la jurisdicción de los tribunales más allá del piso mínimo indicado en la constitución, y ésta expansión parece seguir teniendo lugar independientemente de qué partido político controle el Congreso. Las diferentes iniciativas legislativas encaminadas a restringir la autoridad judicial no son poco comunes –incluyendo casos actuales como pleitos judiciales en contra de los productores de armas, los proveedores de servicios médicos, los distribuidores finales de

comidas rápidas al igual que otro tipo de casos donde se ventilan daños punibles– pero a pesar de todo, dichos esfuerzos tienden a ser poco exitosos o ignorados. Tanto los tribunales como los jurados son íconos populares en Estados Unidos, y por consiguiente, los políticos son concientes que atacarlos de manera sostenida puede llegar a ser contraproducente.

En principio, las tradiciones anglosajona y continental del derecho adoptan visiones bastante diferentes acerca de la autoridad jurídica de los tribunales. La primacía de la norma escrita y codificada en la tradición continental, ciertamente no elimina la posibilidad de que los jueces con su creatividad generen normas jurídicas, pero de todas formas los relega a un segundo plano en donde su papel consiste en llenar vacíos. En contraste, los jueces de la tradición anglosajona crean derecho en casi todos los sentidos de la palabra. Virtualmente la totalidad de los actores jurídicos instruidos entienden y aceptan esta ineludible realidad, la cual hace que el límite entre el derecho y la política sea una noción aún más difícil de definir y sostener. Incluso en los sistemas de tradición continental, donde dicha distinción tiende a ser reminiscente de la diferencia entre el código y su interpretación, la misma se ha venido desdibujando paulatinamente en la práctica, en tanto los jueces de tradición continental han venido a reconocer que el lenguaje de los códigos no siempre se define a partir de ellos mismos, abriendo paso a interpretaciones de tipo más flexible.

La distinción entre derecho y política se vuelve incluso más esquiva cuando los tribunales entienden ampliamente, como en el caso de Estados Unidos, que gozan de una responsabilidad institucional especial en la labor de interpretación y de adjudicación en materia constitucional. Esto es particularmente cierto cuando el texto constitucional (otra vez como en el caso de

Estados Unidos) es breve y ambiguo, con diversas cláusulas cardinales imprecisas, que caen en peticiones de principio tales como “igual protección frente a las leyes” y “debido proceso del derecho”, cuyos significados, como un asunto práctico, sólo pueden ser especificados por los tribunales cuando aplican estas cláusulas a casos concretos. A diferencia de varias constituciones de Latinoamérica y de otros países, la versión estadounidense confiere derechos de bienestar social que no se encuentran estipulados de manera positiva, facilitando de este modo que tengan lugar menos (aun cuando más amplias) oportunidades (si es que no pretextos) para que los tribunales asuman decisiones redistributivas de gran envergadura en materia social.

Resulta interesante anotar que los tribunales constitucionales de la Unión Europea –la Corte Europea de Justicia y el Tribunal Europeo para los Derechos Humanos– han seguido el ejemplo de Estados Unidos de ampliar el alcance de la revisión constitucional de normas (*judicial review*) para cumplir con la función especial de darle especificidad a los textos constitucionales y de proteger los valores constitucionales mismos. Como un asunto que vale la pena resaltar, los gobiernos nacionales de la Unión Europea parecen haber accedido a esta versión de poder judicial supranacional a expensas de la autoridad de los tribunales de los propios Estados miembro. El hecho que tanto las cartas políticas de los Estados europeos como las normas fundamentales de la Unión Europea tiendan a incluir derechos de carácter más “positivo” en materia de garantías económicas y sociales brindadas por el Estado, que aquellos que son conferidos por las constituciones federales y estatales de Estados Unidos, significa que dichos tribunales se hallan destinados a involucrarse de forma más que evidente en diversas controversias de tipo político y distributivo. Los tribunales de Estados Unidos retóricamente sostienen que deben mantenerse alejados de tales casos, exponiendo una variedad de doctrinas

que recomiendan mantener una postura permisiva frente a los poderes ejecutivo y legislativo. Con todo, a pesar de esta retórica que le concede un papel pasivo al juez, dichos tribunales han sucumbido a la tentación de asumir el conocimiento de tales asuntos, incluso buscándolos con ansia en ciertas ocasiones. La decisión de la Corte Suprema en el caso *Bush v. Gore* con seguridad es el ejemplo reciente de mayor importancia.

4. El papel de la sociedad civil

El poder judicial también se encuentra determinado tanto por los procesos como por las instituciones propias de la sociedad civil. En cuanto más se hallen diferenciados los intereses, los valores y los grupos sociales, mayor será la probabilidad de conflictos y de disputas entre ellos. Por supuesto, esto no necesariamente quiere decir que todos o la mayoría de estos conflictos deban ir a los tribunales, o incluso que los mismos revistan un carácter problemático. Todo lo contrario. Los mercados prosperan basados en intereses heterogéneos, posibilitando intercambios tendientes al incremento de bienestar entre ellos. Si el derecho lo permite, la gran mayoría de los conflictos sociales se resuelven a través del mercado y de otros mecanismos informales. Pero aún así, alguna proporción de estos conflictos no puede, no podrá y (en ciertos casos) no deberá ser resuelta de esta manera. En este tipo de asuntos, los tribunales deben llenar el vacío.

Los mercados, más que cualquier otra institución civil en la sociedad, sostienen una importante y compleja relación con el gobierno, en general, y con el poder judicial, en particular. Dichos mercados, por supuesto, no pueden funcionar sin un sistema de gobierno que defina y proteja los derechos de propiedad privada y que garantice el cumplimiento de los contratos. A su vez, se

requiere de mercados robustos para hacer que el sistema de gobierno, incluyendo los tribunales, resulte manejable y eficiente. De hecho, existe una relación inversa entre el alcance de los mercados y los potenciales de un gobierno democrático. En cuanto más pueda hacer el mercado frente a la difícil tarea de integración social y resolución de conflictos, menor será la carga que le corresponderá asumir al gobierno. Esta división de responsabilidades entre los mercados descentralizados y las autoridades públicas centralizadas hace posible que el gobierno preserve la capacidad limitada de desplegar su poder coercitivo legítimo. Únicamente de esta manera es que el gobierno puede llegar a acudir al empleo de este poder para aliviar el sufrimiento, proteger las libertades individuales, defender a la nación y administrar justicia. Esta misma división de responsabilidades es, entonces, la fórmula esencial para la democracia liberal – y quizás para *cualquier* tipo de democracia.

5. El papel de los actores públicos no judiciales

Podría parecer extraño sugerir que el poder judicial en una democracia gira, de manera significativa, en torno al modo como la sociedad perciba que las *otras* ramas del poder público desempeñan sus actividades. Al fin y al cabo, el Estado de Derecho supone que el poder judicial debe consistir en una función de autoridad jurídica formal, definida a partir del tipo de competencia que la constitución y las leyes le confieran a los tribunales. Sin embargo, la experiencia de Estados Unidos y, al menos, de algunos otros países, sugiere claramente que tiene lugar una dinámica más compleja y provechosa de explorar.

Los ciudadanos en una colectividad democrática exigen que su gobierno produzca y distribuya bienes públicos. Estos bienes son de naturaleza diversa. Pero su característica común

radica en que sólo el gobierno, no el mercado, es el llamado a ofrecerlos. Para los fines de este escrito vale la pena aclarar que los bienes públicos relevantes que los ciudadanos exigen son diversas formas de justicia. Estas formas incluyen ciertas concepciones de igualdad, diversos límites en el grado de discrecionalidad con el que actúan tanto el gobierno como los poderes privados, y así mismo ciertas garantías para proteger a las personas de las consecuencias más severas que se derivan de ser desvinculados de su oficio. En una democracia robusta, por supuesto, la naturaleza y el nivel preciso de cada uno de estos bienes públicos son asuntos que despiertan debates incesantes y diverso tipo de pugnas políticas. Más aún, los mismos cambian con el tiempo, y en esta misma medida, también tienen lugar profundos desacuerdos en cuanto a la forma como estos bienes públicos deben ser proveídos y mediante cuáles procesos e instituciones.

En Estados Unidos a menudo esta última cuestión carece de una respuesta clara. Como lo señaló el politólogo Richard E. Neustadt en su fase postrera, la configuración constitucional conocida como “la separación de poderes” realmente se trata de un sistema desordenado de “instituciones separadas compartiendo poder”. El límite de lo que cada una de las ramas puede (o no puede) hacer se encuentra definido de forma precaria. Salvo los casos más evidentes, estos límites son tanto política como jurídicamente impugnables, intensificando de esta forma la competencia entre poder y facultad jurídica. Por supuesto, esta tensión institucional no sólo ocurre en Estados Unidos, sino que es también característica de muchos sistemas parlamentarios, aún cuando la competencia en dichos sistemas pueda asumir diversas formas.

En sistemas competitivos como los mencionados, los tribunales son a menudo el comodín en la baraja constitucional. Por muchas razones ellos tienden a estar relativamente bien posicionados en el cometido de expandir su jurisdicción y su poder. El público usualmente los percibe como los principales guardianes y redactores de la constitución al igual que de la división de competencias que existe entre las diferentes ramas. Así, en tanto los tribunales mantengan cierta distancia frente al ámbito competitivo de la política, serán menos proclives a ser desacreditados por acusaciones tales como la de perseguir intereses particulares, de ir en busca del poder, de mantener comportamientos no fundados en principios y de aceptar compromisos basados en la pura conveniencia. Los tribunales, a diferencia de los políticos, típicamente hablan el lenguaje de los principios generales y se resguardan bajo el manto de un Estado de Derecho vidente. Todos los elementos que rodean las dinámicas judiciales parecen confabularse para que el ejercicio de poder desplegado por los tribunales luzca más limitado, menos visible y más difícil de atacar.

De este modo, cuando los políticos parecen fracasar en la tarea de brindar los bienes públicos exigidos por los ciudadanos, los tribunales cuentan con una vía que los litigantes, invocando alguna fuente de autoridad legal, buscarán emplear para que dichos tribunales materialicen tales bienes públicos mediante el establecimiento de principios y de medidas de reparación y compensación. En el imaginario público este tipo de argumento –"existe una grave injusticia y los políticos no están haciendo lo necesario para rectificarla"– es quizás la justificación más común y poderosa para que la autoridad judicial se expanda más allá de los límites que le han sido previamente establecidos. En sí mismo, este argumento –que parte del fracaso político y se orienta hacía una modificación judicial del estado de cosas– no resulta suficiente para ganar la

partida. Se debe incluir en el debate la objeción plausible de que los dictámenes de los tribunales son sólo una implicación lógica de principios y de casos fallados con anterioridad. Con todo, el argumento bajo análisis lanzará tanto a los demandantes como a los tribunales hacia el largo camino de acceder al estado de cosas deseado. Mucho de lo que es denominado "activismo judicial" –ya sea el de tipo liberal con el que se asocia la era de la Corte presidida por Warren (y hasta cierto punto, la de Burger) o ya sea el de cuño conservador con el que se asocia la Corte presidida por Rehnquist– refleja esta dinámica política y jurídica benévola de llenar vacíos.

Este mismo fenómeno, *mutatis mutandis*, es claramente visible en la India (donde estuve recientemente por varios meses). Los políticos de la India, cuyos ires y venires parecen atraer la inagotable atención pública de la ciudadanía, con frecuencia son tildados de corruptos, indiferentes, ineficaces o demasiado complacientes. En franco contraste, la Corte Suprema de la India (si es que no todos los tribunales de inferior jerarquía) es ampliamente reverenciada por ser justamente lo opuesto: honesta, regida por principios, comprometida moralmente y eficiente. En múltiples casos decididos bajo la autoridad conferida por "el litigio de causas de interés público" consagrado en la Constitución de la India, el cual tiene prioridad sobre otro tipo de causas y así mismo permite que cualquier parte interesada forme parte del proceso judicial respectivo, la Corte se ha apoyado en una serie de cláusulas constitucionales de carácter abierto para ordenar diversas reformas ambiciosas que han causado consternación en los funcionarios del gobierno, quienes así han terminado esquivándolas o ignorándolas. La Corte, en síntesis, ha facilitado bienes públicos en aquellos casos en los que los políticos no lo han hecho, y de este modo, el grado perceptible de su legitimidad parece incrementarse en proporción directa a su buena disposición para emprender este cometido. Resulta difícil para un observador externo conjeturar

qué tipo de dinámicas podrían subvertir esta tendencia favorable para los tribunales y para la expansión de su competencia, fenómeno que, considero, resulta homólogo a aquel de Estados Unidos y, como el profesor Martin Shapiro y otros lo han mostrado, de Europa y Canadá también.

Ahora bien, ¿es esta tendencia buena o mala para la democracia? La respuesta, por supuesto, consiste en que ello depende de las concepciones que uno tenga sobre la democracia, de la teoría que uno mantenga respecto a la separación constitucional de poderes y de la evaluación que uno realice sobre las fortalezas y las debilidades características de los tribunales, de un lado, y de los agentes políticos responsables de establecer las políticas públicas (tanto administrativos como legislativos), del otro. Bastante ha sido escrito respecto a los dos primeros asuntos. Aquí, por tanto, me limitaré al tercero de ellos, el de la evaluación institucional.

Las falencias de las agencias administrativas y de las corporaciones de carácter legislativo han sido juiciosamente demostradas en diversos contextos. Con todo, una comparación sucinta entre las facultades de las que gozan los tribunales para establecer políticas públicas con aquellas propias de las agencias administrativas y las corporaciones legislativas, revela las graves limitaciones que afectan a la capacidad de los tribunales para adelantar la función de establecimiento de políticas públicas, tarea que es necesario emprender cuando se quiere materializar el tipo de bienes públicos arriba mencionados. Los puntos de comparación más importantes pueden ser agrupados bajo tres categorías: la racionalidad y los conocimientos especializados en materia organizacional, el grado de éxito en materia de implementación y el nivel de atención política frente a las necesidades y exigencias de los ciudadanos.

Los jueces son preparados como abogados versados, usualmente como litigantes y no como especialistas en materia de políticas públicas. Es poco probable que obtengan (o que sepan sacar provecho) del suficiente nivel de información que requiere el análisis adecuado de políticas públicas. Así mismo, pocos litigantes poseen los elementos necesarios para aportar este tipo de información a los tribunales, y la mayoría de ellos carecen de incentivos para hacerlo, siendo dicha información fundamental para la materialización de un bien público determinado y, a menudo, siendo también marginal o incluso perjudicial para la causa defendida por dichos litigantes. Sólo una fracción de todos los diversos intereses afectados por la adopción de una norma jurídica se encuentran representados por las partes que conforman el proceso judicial respectivo, y los casos relativamente escasos que llegan a la etapa de juicio tienen poca probabilidad de ser representativos de la realidad social que la política pública pertinente debe afrontar. Finalmente, los tribunales no cuentan con ningún elemento confiable y contundente de retroalimentación para mensurar los efectos reales a los que conducen sus políticas. En efecto, los mismos deben sujetarse a la información actualizada que obtienen de los litigantes y de los asuntos que son ventilados en sus salas, y así mismo, un caso posterior puede servir de base para reformar una política pública sólo si suscita los mismos asuntos de política pública del caso anterior pero arreglándoselas de algún modo para aducir datos más sólidos en materia de políticas públicas que les sirvan de sustento al fallo respectivo. Aún en el hipotético de que el caso anterior logre ser diferenciado, ignorado o revocado por el caso posterior, un tribunal que se dé cuenta que erró en su decisión tendrá que esperar a que tenga lugar otro caso lo suficientemente estructurado como para que sirva de plataforma para introducir la reforma respectiva.

Incluso, si los tribunales pudieran determinar fácilmente la política pública adecuada para generar determinado bien público en un caso particular, difícilmente podrían llegar a implementar dicha política. Los tribunales, en últimas, cuentan con un número relativamente escaso de instrumentos para establecer políticas públicas –como la capacidad de adjudicar daños y perjuicios monetarios y de dictar órdenes perentorias– y los mismos tienden a ser frágiles, inflexibles o una mezcla de ambos. Dejando a un lado ciertos casos en los cuales el gobierno es el demandado, los tribunales no pueden subsidiar, despedir, contratar, asegurar, dar preaviso, crear establecimientos educativos o en general establecer o reorganizar estructuras burocráticas. Tampoco pueden imponer transacciones o impuestos, ni incentivar alianzas políticas o emitir fallos en contra de personas que no forman parte del proceso judicial.

Los tribunales cuentan con una ventaja significativa: como ya lo mencioné, usualmente pueden llegar a contar con un respaldo político por parte del público. Como instituciones, los tribunales gozan de mayor respeto que los mercados, los cuerpos legislativos o que la mayoría de entes burocráticos dentro y fuera del gobierno. Pero los partidarios del activismo judicial tanto de izquierda como de derecha, no deben confiarse demasiado de este respaldo público, pues el mismo probablemente consiste más en un rezago de lo que los tribunales tradicionalmente han hecho que en el fruto de lo que paulatinamente los mismos están dispuestos a hacer. De hecho, las funciones de las corporaciones legislativas y de las agencias administrativas por lo general son intelectualmente más exigentes, políticamente más orientadas a atender las necesidades y las exigencias de los ciudadanos, y más difíciles de implementar que aquellas propias del modelo de adjudicación tradicional que los tribunales han seguido. Debe resultar poco sorprendente, por tanto, que las otras instituciones estatales hayan parecido fracasar cuando los tribunales

preservan su popularidad, pues estas instituciones se encuentran inmersas en juegos diferentes regidos por reglas completamente distintas. En tanto los tribunales asuman responsabilidades más abarcantes y complejas (lo cual se deriva del suministro de bienes públicos), y el público aprenda más acerca de qué tan eficaces o ineficaces son en el desempeño de dicha tarea, lo que se puede esperar es que el nivel de desacierto de los tribunales –y el desencanto público frente a los mismos– aumente también.