



# Los jueces no viven en cuevas

Facundo García Valverde

Uno de los problemas más estudiados en la teoría política de tradición liberal y en la doctrina constitucional es el de la presunta contradicción entre constitucionalismo y democracia representada por el instituto de la *judicial review*. ¿Cómo puede estimarse legítimo que un conjunto de individuos, electoralmente no responsables frente al pueblo –cual es el caso de quienes integran la Corte Suprema–, invaliden leyes aprobadas por organismos políticos que sí son responsables ante los votantes? ¿No se estaría violando de este modo el principio de soberanía popular, al postularse una instancia supralegislativa situada, al menos formalmente, más allá de cualquier resorte de control ciudadano?

A lo largo de la historia del pensamiento político, se han intentado numerosas justificaciones relativas a la función y los atributos que la institución judicial en cuestión debe poseer. En este trabajo, procuraré mostrar que, a la base de algunas de tales justificaciones, se halla un supuesto poco razonable concerniente a la descripción adecuada de la actividad judicial, suposición que puede reconocerse incluso en la formulación misma de la presunta contradicción entre los valores del constitucionalismo y los de la democracia.

Al igual que sucede con la mayoría de los problemas clásicos, la solución de esta aparente contradicción suscitó debates recurrentes en la literatura política, centrados en la existencia o inexistencia de una dicotomía irreconciliable entre las dimensiones procedimental y sustantiva de la *judicial review*. John Hart Ely, por ejemplo, ha afirmado que, a fin de evitar la contradicción, la tarea de los jueces de la Corte Suprema no puede consistir en la toma de decisiones sobre cuestiones sustantivas, sino que debe limitarse a asuntos procedimentales. Si bien



este intento ha sido muy profusamente criticado, su análisis nos permitirá identificar la que, a nuestro criterio, configura una descripción inapropiada de la función judicial (caracterización que, como veremos, no es exclusiva de Ely). Uno de los objetores más acérrimos de esta concepción es Ronald Dworkin, quien resulta particularmente relevante para nuestros objetivos, ya que, por un lado, rechaza la dicotomía formulada por Ely y, por el otro, señala un camino más conducente para arribar a una descripción satisfactoria de la actividad judicial; vía que, sin embargo, deberá ser profundizada.

### 1. La cueva de los jueces paternalistas

Learned Hand afirma que uno de los riesgos fundamentales que se corre con la *judicial review* es otorgar un poder de veto excesivamente extendido a lo que define como una «manada de guardias platónicos».<sup>1</sup> De acuerdo con esta definición, se considera que los jueces de la Corte Suprema están en mejores condiciones para promover los objetivos y satisfacer los principios políticos contenidos en la Constitución, al tiempo que se confiere al cuerpo que integran un estatuto análogo al de un Consejo de Sabios comunitarios, los que poseerían la última palabra con respecto a la corrección o incorrección de las leyes que las diversas esferas del poder Legislativo emiten y aprueban.

La razón por la cual sería ilegítimo que una elite judicial descrita de tal forma se constituyera en árbitro último de las leyes es, precisamente, la generación de la contradicción señalada más arriba. Los términos de la misma son, por un lado, el hecho de que los Estados democráticos modernos están contruidos sobre la base del principio de que las leyes públicas son legítimas sólo si han sido promulgadas ya por representantes elegidos electoralmente, ya por funcionarios que, no habiendo sido electos, son, con todo, responsables frente a los ciudadanos, y, por el otro, la vigencia, en el marco de las democracias liberales, de diferentes mecanismos de control de constitucionalidad. Ello implicaría, según puede colegirse de lo que asevera Hand, que la regla de la mayoría gobierna pero la mayoría no gobierna.

A pesar de que la conexión entre la *judicial review* y la contradicción expuesta parezca innegable, ello no debería hacernos creer que no existen justificaciones razonables para asumir la defensa y necesidad de dicho estatuto: son numerosos los casos en los que mayorías políticas circunstanciales han tratado de utilizar el poder obtenido democráticamente para imponer cargas o situaciones injustas a

1. Learned Hand, *The Bill of Rights*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., pp. 73-74

minorías, ya sean éstas eventuales o permanentes. Sin embargo, la conjunción entre esta justificación de la *judicial review* y la contradicción considerada implica, en palabras de Habermas, una «comprensión paternalista de la jurisdicción constitucional».<sup>2</sup> Según esta visión, dado que, por un lado, el poder político elegido democráticamente se ve presionado constantemente por una opinión pública inconstante, por luchas políticas internas y por el establecimiento cuasi azaroso de una agenda pública, y, por el otro, el Poder Judicial sufre tan sólo de manera indirecta tales presiones, éste se hallaría en una situación comparativamente mejor para aplicar criterios constitucionales de justicia, independientemente de su falta de apoyo popular o de las contingencias particulares de la coyuntura política.

Esta justificación «paternalista» de la *judicial review* exhibe, como se advierte, un carácter básicamente contextual: se asienta sobre una descripción de la actividad judicial que presume que la misma está apartada de las luchas facciosas por el poder político y ubicada en un plano de la realidad colocado por encima de ellas. Ello permitiría que los miembros de la Corte Suprema posean una serenidad espiritual y una capacidad de reflexión de que carecen los estamentos políticos de la sociedad. Al mismo tiempo, la descripción aludida presupone que la formación académica y profesional que reciben quienes ocupan la máxima autoridad judicial los coloca en una posición más favorable para determinar la justicia y la constitucionalidad de las leyes. En otros términos: la justificación paternalista supone que los jueces viven en una suerte de cueva de sabiduría moral, reducto que los mantiene alejados de las intrigas de palacio y de los desacuerdos en torno de los principios correctos de moralidad política (o, al menos, que gracias a esa capacidad reflexiva, están en mejores condiciones para resolver tales discrepancias), situación aventajada que torna más probable que la Corte Suprema tome decisiones imparciales.

Si esta caracterización de la tarea de la Corte Suprema fuese la única plausible, parecería entonces inevitable la contradicción apuntada. Sin embargo, existen otras formas de comprender la función y el ámbito de injerencia del máximo tribunal que evitan esa consecuencia.

Uno de los autores que más enfáticamente ha argumentado en contra de esta legitimación paternalista de la Corte Suprema ha sido John Hart Ely. Su obra principal, *Democracy and Distrust*, se ha convertido en un clásico de la literatura constitucional, al tiempo que ha sido considerado un ejemplo patente de un grave error conceptual.

A grandes rasgos, *Democracy and Distrust* sostiene dos argumentos: uno destructivo –dirigido a rechazar que se adjudique a la *judicial review* la tarea de bús-

2. Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998, p. 339.



queda y determinación de valores fundamentales en la Constitución (ya sea por referencia al derecho natural, ya sea por remisión a algún *corpus* de filosofía moral)– y otro constructivo que, apoyándose sobre el anterior, sostiene que el ámbito legítimo de injerencia de la *judicial review* debe quedar constreñido exclusivamente a cuestiones procedimentales. Como intentaré mostrar, este intento se verá frustrado tanto por falencias argumentativas internas como por la posición privilegiada que esta concepción les atribuye a los jueces, lo cuál hará que estos afinquen su morada en otra cueva.

## 2. John Ely. El abandono de la cueva paternalista

El argumento destructivo que propone Ely para rechazar la lectura paternalista de la *judicial review* puede reconstruirse, aproximadamente, de la siguiente manera: «Aún cuando todos nosotros acordáramos que la *judicial review* debe ser un instrumento que garantice el cumplimiento de la Constitución, no deberíamos permitir que los jueces tomen decisiones sustantivas dirigidas a materializar valores fundamentales o a aplicar principios morales contenidos de manera implícita en la Constitución, ya que ello implicaría suscribir una lectura paternalista de la institución y, como una cuestión fáctica, no hay forma razonable de justificar algún tipo de superioridad moral de los jueces de la Corte Suprema sobre el resto de los ciudadanos que viven en regímenes democráticos».

A primera vista, la posición de Ely aparece como promisoría, ya que lograría evitar que los jueces de la Corte se recluyeran en una cueva paternalista. Sin embargo, al considerar las razones por las cuales se daría una conexión entre la promoción judicial de valores fundamentales y el paternalismo judicial, podemos observar que su argumento destructivo no se funda sobre bases sólidas.

*Democracy and Distrust* brinda tres argumentos principales para rechazar la apelación a valores fundamentales o a principios morales en la *judicial review*. El primero de ellos afirma que si fuera plausible una teoría del derecho natural,

sería estúpido –sin importar qué hicieron o pensaron nuestros ancestros– ignorarla como fuente de valores constitucionales. No es bueno jugar con la Madre Naturaleza, y no se le debería permitir ni al Congreso ni al Presidente. Sin embargo, la idea está desacreditada en nuestra sociedad por buenas razones. “Todas las teorías del derecho natural poseen una vaguedad singular, que representa, en lo que concierne a su aplicación, tanto una ventaja como una desventaja.” La ventaja, uno supone, es que se puede invocar el derecho natural para apoyar cualquier cosa. La desventaja es que todo el mundo lo sabe.<sup>3</sup>

3. John Ely, *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, Harvard, Mass., 1980, p. 50.





Según Ely, las teorías del derecho natural han sido utilizadas para justificar posiciones morales incompatibles entre sí. El ejemplo más dramático de esto lo constituyó la polémica previa a la guerra civil estadounidense, controversia en la que tanto abolicionistas como esclavistas invocaron el derecho natural para legitimar sus posiciones. De tal manera, debería rechazarse la supuesta objetividad moral que prometen las teorías iusnaturalistas.

A pesar de ello, Ely no intenta sostener un relativismo moral extremo, ya que acepta la posibilidad de que existan ciertas proposiciones morales generales –del estilo de «nadie puede aprovecharse de su propio dolo»– que se legitimen por referencia al derecho natural, aún cuando esta apelación suponga una desacralización del concepto originario de «ley natural»; al mismo tiempo, acepta que ciertas posiciones morales –cual es el caso del fascismo– puedan ser juzgadas irracionales.

Es importante detenerse en este punto y analizar por qué proposiciones y posiciones como éstas pueden satisfacer el requisito de objetividad que Ely supone implicado en el derecho natural. La primera de las proposiciones citadas satisfaría tal requisito debido a su vaguedad extrema, lo que la volvería trivial y, por lo tanto, aceptable para todos. Con respecto a las posiciones morales que se consideran incorrectas, sólo configuran, de acuerdo con Ely, la imagen negativa de las primeras, de donde podría deducirse la trivialidad de su rechazo: «[dichas posturas] son tan contradictorias con los supuestos que la mayoría de nosotros sostenemos que sería justificable que las calificáramos de irracionales».<sup>4</sup> De tal forma, Ely estaría afirmando que sólo aquello que no involucra desacuerdo alguno o es aceptado por todos, o que es objeto de una convención, puede ser objetivo.

Esto se ve confirmado por lo siguiente. La segunda razón para sostener la imposibilidad de alcanzar un conjunto de valores objetivos relevantes para la práctica de adjudicación judicial remite al argumento clásico del realismo jurídico:

Hace 40 años, la gente “descubrió” que los jueces eran humanos y que, por lo tanto, era probable que, consciente o inconscientemente, deslizaran sus valores personales dentro de los razonamientos legales en diferentes contextos jurídicos. Desde esa perspectiva ceñida a la realidad, pareció sencillo extraer la inferencia de que ello es lo que los jueces *debían* hacer.<sup>5</sup>

Ely rechazará la *falacia realista*, esto es, la inferencia de que ya que los jueces se apoyan en sus propias convicciones para decidir los casos, ello es lo que deberían hacer. Sin embargo, aceptará la faceta descriptiva del argumento realista: aun cuando un juez utilice una terminología supuestamente objetiva, lo que en realidad está

4. *Idem*, p. 50.

5. *Idem*, p. 44.



haciendo es *poner al descubierto* sus propios valores; así, Ely afirma que los valores que un juez de clase media o alta aplique en sus decisiones serán, muy probablemente, los mismos que defendería un ciudadano común perteneciente a esa clase.

El argumento realista de Ely es importante para nuestros objetivos: la vertiente descriptiva del mismo le permite al autor echar por tierra la cueva paternalista y, además, derruir sus cimientos, ya que muestra que los jueces no se hallan en una situación privilegiada que les permita alcanzar un conjunto objetivo de principios políticos, sino que, por el contrario, deben convivir en una sociedad en la que se registran conflictos morales profundos; esto es discrepancias que es de esperar que se reproduzcan en las decisiones judiciales.

La tercera de las razones que Ely brinda para rechazar la apelación a valores fundamentales se relaciona con que, por lo visto anteriormente, el carácter controvertible de una proposición normativa impide que pueda ser utilizada como base de la adjudicación de casos constitucionales; si los jueces justificaran sus resoluciones por referencia a valores que son objeto de disidencia, se estaría privilegiando la posición del juez y sus preferencias políticas por sobre las de otros ciudadanos. En este sentido, parecería clara la conexión entre la posición de Ely y la tesis de las normas sociales, uno de los núcleos duros del positivismo jurídico. Según dicha tesis, las reglas de un grupo social están constituidas por una práctica social que comprende tanto patrones de conductas seguidos regularmente por la mayoría de sus miembros como actitudes normativas frente a tales patrones (los que son utilizados por los miembros del grupo como guías de conducta y parámetros de crítica).

Sin embargo, este segundo argumento supone que los desacuerdos sobre principios de moralidad pública o acerca de valores fundamentales no sólo son inevitables sino que, además, resultan irresolubles, ya que incluso abandonando las pretensiones del derecho natural clásico y situándonos en el terreno de la filosofía moral o política, no podríamos hallar, según Ely, un método constructivo y unánimemente aceptado que permita obtener respuestas correctas de manera concluyente. Como ilustración de este punto, el autor cita las diferencias radicales que separan las teorías políticas de Nozick y Rawls e imagina que un intento de llegar a un acuerdo entre ambas posturas se verá necesariamente frustrado, dado que los axiomas teóricos de los que parten la una y la otra son incompatibles, con lo que la única forma de arribar a una decisión sería someter el desacuerdo a una votación del estilo de: «A nosotros nos gusta Rawls, a ustedes les gusta Nozick. Ganamos 6 a 3. Estatuto invalidado».<sup>6</sup>

6. *Idem*, p. 58.



Si bien la descripción elyniana de los desacuerdos filosóficos es extremadamente simplificada (lo suficiente, al menos, como para dejar de lado, por ejemplo, el hecho de que las teorías filosóficas no son creadas *ex nihilo* a partir de axiomas completamente originales, sino que siempre implican un intento de convencer críticamente a quienes adhieren a posiciones rivales –vale decir, un intento de superar el desacuerdo–), es injusta, a nuestro entender, la descalificación que David Richards realiza de dicha caracterización:

¿Por qué Ely carece de argumentos en este punto y se apega a ese tono que es desdeñoso para con los filósofos? Creo que esto ocurre porque, dado que se siente completamente incómodo con la discusión de estos temas, prefirió encontrar una forma de no meterse en este nido de problemas filosóficos y, por consiguiente, de reparar su ambivalencia desechando lo que es incapaz de examinar apropiadamente.<sup>7</sup>

El propio Richards debería saber que lo que él denomina «el método común de la filosofía, de Sócrates en adelante» –«el intento de explicar juicios morales ponderados y ordinarios de una manera autocrítica y reflexiva»–<sup>8</sup> no es un procedimiento mecánico que garantice que ha de arribarse ineludiblemente a una única respuesta correcta. Es exactamente un método con esta garantía el que Ely exige a la filosofía moral como condición para tener un papel central en la adjudicación de los casos constitucionales. En definitiva, lo que Ely objeta a la filosofía moral no es tanto que no exista un método filosófico del tipo especificado como el carácter de los resultados subsiguientes a su aplicación.

Según lo veo, la pregunta realmente relevante que debería hacerse aquí a Ely es por qué la existencia de desacuerdos sobre los valores o principios políticos basta para invalidar que las decisiones judiciales se basen en ellos. ¿Por qué no podrían aceptarse decisiones judiciales controversiales? Creo que hay dos razones principales para ello. La primera, de tipo contextual, es la que menciona Richards cuando afirma que la propensión a eliminar el desacuerdo moral en cuestiones legales es producto de un error típico de abogado, consistente en concebir las teorías morales y los principios que se deducen de ellas como si fueran precedentes legales. Según esta concepción, dos precedentes similarmente válidos no pueden dar respaldo a resoluciones contradictorias; es decir que si un valor sustantivo no puede recomendar una decisión única, no debe recomendar ninguna.

La segunda razón aduciría que, dada la existencia de desacuerdos sobre la decisión a tomar, si se opta por una de las alternativas –ya sea por medio de un pro-

7. David Richards, «Moral Philosophy and the Search for Fundamental Values in Constitutional Law», *Ohio State Law Journal*, 42, 1981, pp. 319-333; cf. p. 328.

8. *Idem*, p. 325.



ceso de votación o a través de algún otro procedimiento— y se invalida una ley sobre esa base, se estaría privilegiando una posición política cuya corrección no puede ser demostrada y, por lo tanto, se legitimaría el fallo de una especie de *árbiter moral*, dictamen que ni siquiera tiene el halo de objetividad que rodeaba a la cueva paternalista o a la teoría clásica del derecho natural.

De esta forma, la tesis central de Ely es que, dados los profundos desacuerdos acerca de moralidad política que existen en una comunidad y admitido que no es viable hallar una solución *objetiva* (o, por lo menos, no controvertida) a ellos, conferir legitimidad a la Corte para que realice tales elecciones entre valores fundamentales convierte a sus miembros, injustificadamente, en árbitros morales y les da la potestad —también injustificada— de elegir entre las distintas opciones políticas abiertas. Esto generaría, nuevamente, una contradicción con el principio constitutivo de la democracia representativa, según el cual son los cuerpos legislativos los que deberían llevar a cabo tal elección. A tales cuerpos no cabe exigirles ni objetividad ni neutralidad ni, por ende, requerir de ellos, al menos en principio, que justifiquen sus interpretaciones de valores sustantivos como si las mismas poseyeran objetividad o como si provinieran del derecho natural. De otro modo: es totalmente razonable esperar del partido Demócrata políticas públicas progresistas o *liberals*. Por el contrario, si un juez adopta medidas *liberals* (o conservadoras), en razón, únicamente, de que son *liberals* (o conservadoras), usurpa una función que sólo pueden ejercer legítimamente representantes democráticamente electos.

Una vez que hemos reconstruido críticamente el argumento destructivo de Ely, estamos en condiciones de analizar su argumento constructivo, que atribuye a la *judicial review* una función puramente procedimental. Veremos que, a pesar de sus buenas intenciones, tal atribución conlleva la reclusión de los jueces en otra cueva y su distanciamiento de los conflictos sociales y políticos.

### 3. La solución procedimentalista: ¿el retorno a las cuevas?

Una vez concedido, con Ely, que facultar a la Corte Suprema para descubrir o determinar valores fundamentales —resida su justificación en el derecho natural, la filosofía política, la tradición o el consenso— está necesariamente ligado a la reclusión de los jueces en una cueva paternalista, que dicho enclaustramiento no puede justificarse en términos objetivos y que la referida ligazón genera una contradicción flagrante con los principios democráticos, se hace evidente la necesidad de recorrer un camino alternativo para dar legitimidad a la *judicial review*. El argu-



mento constructivo de Ely, que abre una vía alterna de solución al problema planteado, ha sido extensamente criticado en los veinticinco años transcurridos desde su publicación; veremos, sin embargo, que si bien las objeciones usuales son atendibles y razonables, existe una razón de mayor peso para rechazarlo.

A fin de evitar la contradicción, una teoría constitucional que se proponga habilitar a la Corte Suprema para que invalide leyes sancionadas por organismos legislativos electos debería, según Ely, convertir tal institución legal en instrumento de los principios y objetivos de la democracia. De otro modo: la única forma de resolver la tensión entre ambos órdenes –el constitucional y el democrático– es subsumir el uno bajo el otro. A tal efecto, Ely propone un enfoque puramente procedimental de la *judicial review*, de acuerdo con el cual la Corte Suprema debe garantizar una protección judicial contramayoritaria a sectores sociales o grupos de interés que o bien no están representados en los ámbitos legislativos o bien están representados de forma inequitativa (*unfair*). Bajo este enfoque, la *judicial review* sería la responsable de garantizar que aquellos actores no representados o subrepresentados y que no son capaces de asegurarse institucionalmente el respeto por sus intereses en un proceso público de toma de decisiones obtengan la protección que les es debida a través de lo que Ely denomina «representación virtual», la que da seguridad de que han de equipararse «los intereses de aquellos carentes de poder político con los intereses de quienes lo poseen».<sup>9</sup>

Ely utilizará tres argumentos para justificar su enfoque procedimental. El primero de ellos sostiene que la Constitución está principal y predominantemente preocupada por cuestiones de procedimiento y de estructura gubernamental. Para mostrar esto, el autor lleva a cabo dos movimientos argumentativos: por un lado, intenta mostrar que los *Founding Fathers* visualizaban de tal forma el documento fundacional; por el otro, trata de probar que distintas partes de la Constitución, aparentemente sustantivas, son, bien miradas, subsidiarias de este enfoque. Este doble movimiento puede verse claramente en el análisis que Ely realiza de la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos:

El Congreso no legislará sobre el establecimiento de una religión o sobre la prohibición del libre ejercicio de la misma, no pondrá cortapisas a la libertad de expresión o de prensa, ni coartará el derecho de la gente a reunirse en forma pacífica ni de pedir al gobierno la reparación de agravios.<sup>10</sup>

Parecería natural inferir de aquí que la Constitución resguarda de la injerencia legislativa o gubernamental un valor o principio sustantivo: el de la libertad de expresión. Sin embargo, dado lo expuesto en el apartado precedente, es evidente

9. John Ely, *op. cit.*, p. 83.

10. Constitución de los Estados Unidos, Enmienda 1.





la desconfianza que Ely manifiesta sobre la posibilidad de que sean los jueces los encargados de determinar tal valor. Sin mucha justificación, Ely afirma que

podemos atribuir otras funciones a la libertad de expresión y algunas de ellas pueden haber desempeñado un rol, pero el ejercicio tiene el olor de “una causa que se intenta promover”: la perspectiva de que la libertad de expresión es *per se*, e independientemente de lo que significa en un proceso de gobierno, un derecho prominente tiene un origen profundamente elitista.<sup>11</sup>

Podría pensarse que hay aquí una ambigüedad: por un lado, la libertad de expresión es un valor sustantivo que el propio Ely reconoce como tal, aun cuando lo descalifique como prominente; por el otro, Ely sostiene que puede existir una interpretación procedimentalista de este valor. Sin embargo, la ambigüedad no es tal. Ely está construyendo una teoría de la *judicial review* –esto es, una teoría de la relación que debe establecerse entre los funcionarios judiciales y el texto constitucional– que no genere contradicción alguna con la democracia. El punto central que está intentando marcar Ely no es la imposibilidad de reconocer valores fundamentales en el texto constitucional; lo único que está afirmando es que no es el Poder Judicial quien debe cumplir tal función de reconocimiento, sino quienes están legitimados por el proceso democrático, vale decir, los legisladores:

No se me malinterprete: nuestra Constitución ha estado siempre preocupada de manera sustantiva por la defensa de la libertad. Si no lo estuviera, no valdría la pena luchar por ella. La pregunta relevante aquí es cómo debe conseguirse tal objetivo; las principales respuestas a ello están dadas por un conjunto bastante extenso de protecciones procedimentales y por un esquema [institucional] muy elaborado, el cual fue diseñado para asegurar que, al realizar elecciones sustantivas, los procesos de decisión estén abiertos a todos sobre bases iguales, estando sometidos aquéllos que decidan a la obligación de tomar en consideración los intereses de todos los afectados por la decisión.<sup>12</sup>

El segundo argumento de Ely es normativo y, de hecho, es el que mayor fuerza e interés le imprime a su concepción, ya que si pudiera defenderse con éxito, la institución contramayoritaria quedaría justificada en una forma consistente con la democracia, al tiempo que impediría que los jueces se recluyeran en una cueva paternalista. El enfoque de la *judicial review* como la encargada de fortalecer la representación virtual de aquellos con poder político escaso garantiza que los jueces se dediquen a regular «los mecanismos por medio de los cuales el sistema trata de asegurar que los representantes electos efectivamente representen»<sup>13</sup> y que, por lo tanto, no sean ellos los encargados de tomar decisiones sustantivas respecto de las leyes o del resultado del accionar del gobierno.

11. John Ely, *op. cit.*, p. 94.

12. *Idem*, p. 100.

13. *Idem*, p. 102.



El tercer argumento nace como una consecuencia pragmática de lo anterior. Por un lado, los abogados son, por su formación y actividad profesional, expertos en la fiscalización de procesos legales, tanto públicos como privados, y parecen tener una genuina y educada intuición para asegurar que los procedimientos se cumplan de manera equitativa; en este caso, que todos los involucrados en un proceso de decisión tengan una oportunidad equitativa para hacerse escuchar. Sin embargo, esta cualidad profesional no es suficiente para justificar el enfoque, ya que los mismos políticos y representantes suelen ser también abogados; y aun no siéndolo, son participantes de tiempo completo en tales procesos, por lo que no sería irrazonable considerarlos expertos en él. De esta manera, la diferencia contextual relativa que legitime el enfoque puramente procedimentalista debe buscarse en otra característica, la cual ha de consistir, para Ely, en la perspectiva con que los jueces consideran, en virtud de su situación como tales, el proceso político: mientras que los representantes son electos para definir interpretaciones de los valores constitucionales sustantivos, los jueces son, comparativamente, mucho más ajenos que aquéllos al proceso político y a las intrigas de poder; por otra parte, dado que los jueces no se hallan sujetos al control popular, no deben preocuparse, para mantener su cargo, por que sus decisiones sean populares. Realizando una analogía con un árbitro deportivo, Ely sostiene que de la misma forma en que éste sólo tiene la responsabilidad de intervenir ante una ventaja inicua de un equipo sobre otro y no la de decidir qué equipo gana o la de anular un tanto porque fue convertido por el equipo *incorrecto*, los jueces de la Corte Suprema sólo deben actuar como guardianes de la corrección del proceso democrático y, por lo tanto, intervenir únicamente cuando se registran fallas de procedimiento.

Los tres argumentos esgrimidos por Ely para defender su tesis constructiva coinciden en ubicar la génesis de los dos problemas fundamentales del constitucionalismo tanto en la búsqueda como en la determinación judicial de valores sustantivos. Ely cree que, al separar a los jueces de tal función y reducirlos al rol de meros referís procedimentales encargados de tutelar el *fair play* democrático, se evita tanto la contradicción entre el constitucionalismo y la democracia como la reclusión de los magistrados en una cueva paternalista, ya que se imposibilitaría la imposición por parte de éstos de sus propios valores. En definitiva, lo que la teoría elyniana de la *judicial review* implica es que este estatuto debe tener como fin principal el cumplimiento equitativo del procedimiento democrático y no el de juzgar la congruencia de los resultados legislativos con los valores constitucionales sustantivos.

En el próximo párrafo, al analizar cuáles son los principales signos de mal funcionamiento democrático identificados por Ely, veremos que, lejos de lograr ambos objetivos, sus propios argumentos se vuelven en su contra.



*Los signos de mal funcionamiento democrático:  
obstrucciones al cambio político*

De acuerdo con Ely, la intervención de los jueces de la Corte Suprema es legítima cuando se registran dos clases de signos de mal funcionamiento del proceso democrático, cuyo rasgo común es hacer a este último merecedor de desconfianza por parte de sectores carentes de influencia política (esto es, políticamente pobres). El primero de ellos se da cuando los cuerpos legislativos obstruyen –a través de restricciones a la libertad de expresión, al derecho a votar o a postularse para ocupar cargos públicos o a otras prerrogativas ciudadanas– las vías para el cambio político o para el ingreso al sistema de los no representados; el segundo se verifica cuando, aun sin violar ninguna de las libertades aludidas más arriba, una mayoría representante perjudica sistemáticamente a una minoría de representados, perpetuándola en esa condición de pobreza política.

En este párrafo, nos dedicaremos al examen de la primera modalidad de mal funcionamiento democrático. Como mostraremos a continuación, siguiendo la detallada argumentación de Ronald Dworkin, la posición de Ely sólo podría sostenerse a un elevado costo conceptual: el de suponer que la determinación del otro término de la contradicción, la democracia, es irrelevante para identificar un signo de mal funcionamiento democrático

En su argumento, Dworkin exige a la posición de Ely que justifique por qué esos dos signos de mal funcionamiento son considerados tales; más puntualmente, por qué los derechos referidos son esenciales al proceso democrático. Por cierto, la teoría procedimentalista no se hace abiertamente esta pregunta, por lo que podría pensarse que la objeción es improcedente. Creo que no lo es, bajo ningún aspecto, por dos razones principales.

La primera de ellas es que es posible inferir indirectamente algunas respuestas que Ely, sin dar mayores precisiones, podría brindar. Las mismas afirmarían que la cultura política estadounidense contiene, como elementos esenciales, los principios de la democracia representativa, que existe un consenso profundo respecto del sistema de gobierno de la nación, que *los Founding Fathers* concibieron el futuro régimen político de esta forma y que la Constitución está profundamente comprometida con su defensa.

La segunda razón es que, tal como puede colegirse de estas posibles respuestas, Ely consideraría superflua la exigencia de justificación de estos elementos constitutivos de la democracia, ya que se puede reconocer, en la sociedad americana, un amplio consenso en torno de la necesidad de defender los derechos políticos mencionados. Sin embargo, este consenso –que brindaría *objetividad* a la noción de democracia representativa que se está dando por sentada– posee, como inten-



haremos mostrar siguiendo la objeción de Dworkin, las mismas características que Ely reprochaba a las proposiciones morales que se aceptaban como legitimadas por el derecho natural pero que no permitían deducir, a partir de ellas, determinaciones concretas, a saber: su alto grado de generalidad y la vaguedad de su contenido. Si esto es así, el problema básico de Ely consistirá en que, para que tales conceptos den sustento a instrucciones concretas y relevantes para las decisiones judiciales, su propia teoría deberá defender una determinada concepción de la democracia que sostenga un conjunto de valores fundamentales, a la vez que una interpretación de ellos.

El argumento de Dworkin comienza afirmando que si el Poder Legislativo promulga una ley que permite censurar las ideas sostenidas por grupos marxistas, la Corte Suprema, según la teoría de Ely, podría invalidarla, aduciendo que con ella se están bloqueando los canales para el cambio político: los representantes electos estarían utilizando su poder político para mantener el *statu quo*, quitando a quienes no se hallan representados un recurso posible para producir el cambio político; de otro modo: los representantes estarían aprovechando su posición contextual aventajada para generar una inequidad procedimental que les permita perpetuarse en ella. La estrategia del argumento residirá en mostrar que, incluso en estos casos de aparente sencillez para la teoría procedimentalista, se hace imprescindible contar con una justificación sustantiva de la libertad de expresión y que los jueces deben utilizar tal justificación para validar sus decisiones.

Continuando la línea argumentativa de Ely, Dworkin estima que la ley en cuestión viola la libertad de expresión porque deja en una situación de pobreza política y de desventaja procedimental a quienes sostienen ideales marxistas. Sin embargo, alguien podría objetar que, en realidad, aun cuando la ley niega a los marxistas una oportunidad para influenciar las decisiones públicas, no afecta particularmente a ese grupo, sino que alcanza a todos por igual; así, si la Legislatura actuara de modo consistente, también prohibiría la difusión de ideas anti-marxistas. Al mismo tiempo, la ley no proscribía que los marxistas se expresen de cualquier forma, sino que, por el contrario, los deja en una situación de igualdad comparativa, ya que les permite manifestarse en los mismos términos en que sus contrincantes ideológicos pueden hacer públicas sus opiniones. Por intuitivamente irrazonable que parezca este argumento, que acabaría por justificar cualquier censura, con todo hace pensar, según Dworkin, que, tal como ocurre con cualquier otro derecho político, la libertad de expresión y sus violaciones son irreconocibles si se consideran exclusivamente las oportunidades; en este caso, no se estarían negando oportunidades únicamente a los marxistas sino a todos los participantes por igual y, por lo tanto, no podría justificarse la intuición de que se está perjudicando solamente a los primeros.



Retomando una ya clásica distinción rawlsiana, Dworkin separa un derecho de su valor: como recién vimos, si sólo consideráramos el derecho a la libre expresión, no podríamos reconocer la profunda desigualdad que se está produciendo con la sanción de un estatuto de censura. Por el contrario, la introducción del valor del derecho permite justificar la intuición de que la ley en cuestión no está tratando a todos los grupos políticos como iguales. Si se niega a los marxistas la posibilidad de dar a conocer sus posiciones políticas en la forma en que la ley lo hace, es claro que lo que disminuye relativamente, en comparación con otros sectores políticos, no es tanto el derecho de los marxistas a la libre expresión como el valor del mismo:

Debemos afirmar que la igualdad del poder político debe tener en cuenta no sólo las oportunidades que las personas tienen para usar sus derechos políticos, sino también el valor que esas oportunidades representan para ellos. Sobre esta base, debe permitírseles a quienes objetan radicalmente la estructura política realizar sus protestas en un lenguaje apropiado a su sentido de la ocasión, si es que la libre expresión está diseñada para tener el mismo valor para ellos que el que tiene para cualquier miembro del *establishment* burgués. [...] Una ley que prohíbe la publicación de literatura marxista atropella la igualdad del poder porque, aunque permite a los marxistas decir exactamente lo mismo que dice cualquiera, hace de la libre expresión algo mucho menos valioso para ellos.<sup>14</sup>

Ely podría responder en este punto que este respeto igual por los participantes del proceso político depende del concepto de equidad procedimental y que, por consiguiente, no exige que los jueces se involucren en cuestiones sustantivas. Sin embargo, como se ha hecho crecientemente evidente en la literatura política de los últimos años, esto no es así, bajo ningún aspecto. Para que un juez pueda identificar cuándo es que no se está brindando igual respeto a los participantes, no es suficiente la mera constatación de que el proceso conlleva el incumplimiento de reglas, sino que debe decidir qué parámetro o criterio de igualdad utilizará para llevar a cabo dicha comprobación; y, como lo muestra la discusión suscitada entre Rawls y Nozick, esto se encuentra bastante alejado de ser incontrovertido. Así, por ejemplo, alguno de los jueces podría defender una visión utilitarista y afirmar que las personas son tratadas como iguales si y sólo si sus perspectivas de satisfacción son tenidas en cuenta al computarse el balance social global de bienestar;<sup>15</sup> otro –pongamos por caso, un deontologista– podría afirmar que sólo se trata como iguales a las personas cuando se respetan sus derechos fundamentales, etc.

14. Ronald Dworkin, «The forum of principle», en Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1985, pp 33-71; cf. p. 64.

15. De hecho, un juez con tales convicciones podría justificar la censura de la literatura marxista apelando a la utilidad general, al bien común, etc.





## LOS JUECES NO VIVEN EN CUEVAS

Pero si esto es así, es decir, si los jueces deben establecer algún criterio de igualdad que les permita determinar cuándo es que un proceso es inequitativo, entonces la aparente solución de Ely tanto al problema de la reclusión en una cueva paternalista como a la contradicción entre constitucionalismo y democracia se desmorona, ya que, tal como afirma Dworkin «los jueces encargados de identificar y proteger la mejor concepción de la democracia no pueden evitar tomar exactamente la misma clase de decisiones acerca de moralidad política que Ely está intentado evitar ansiosamente: decisiones respecto de derechos sustantivos».<sup>16</sup>

En el siguiente párrafo, al analizar el segundo de los signos de mal funcionamiento democrático, veremos nuevamente que un juez que intente aplicar la posición de Ely debe, tarde o temprano, tomar ciertas decisiones sustantivas y apelar a una teoría no exclusivamente procedimental de la democracia para establecer cuándo se está tratando a los ciudadanos de manera inicua.

*Los signos de mal funcionamiento democrático:  
restricciones a las minorías*

El segundo signo de mal funcionamiento democrático exige a los jueces que provean una protección contramayoritaria a un determinado grupo social, racial o político excluido efectivamente del proceso político; en otras palabras, los jueces deben invalidar aquellas leyes motivadas o bien por hostilidad basada en prejuicios o bien por estereotipos culturales y que provocan que los grupos afectados no sean debidamente representados en la toma de decisiones públicas.

Si bien, como anticipamos anteriormente, este argumento posee la misma clase de inconvenientes que el primero, es relevante indagar las razones contextuales que condujeron a Ely a prestar una especial atención al problema del déficit de representación democrática. En primer lugar, a diferencia de otras sociedades, Estados Unidos tiene una larga tradición de tratamiento desigual hacia las minorías, en especial hacia las minorías raciales. Esto produjo que, durante las décadas de 1960 y 1970, tanto desde las esferas gubernamentales como desde las judiciales se comenzaran a desarrollar programas de acción afirmativa, destinados, a grandes rasgos, a reparar discriminaciones históricas y a mejorar la situación de las minorías. En este sentido, el interés de Ely en los asuntos de justicia racial tiene por objeto encontrar una justificación plausible de las políticas de acción afirmativa que sea consistente con la democracia.

16. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 64.



En segundo lugar, la discriminación y la desigualdad que sufren las minorías raciales, en tanto subproductos de prejuicios y estereotipos culturales, representan para Ely signos de que no se confiere a una minoría política una representación adecuada en la toma de decisiones públicas. Al entender de esta forma al tratamiento inequitativo de las minorías, la concepción de Ely hace de la compensación de esa desventaja un elemento esencial de la democracia, ya que con ello se reduciría, al menos en parte, la brecha de poder político entre diferentes grupos sociales.

Por último, justificar los programas de acción afirmativa sobre la base de los principios democráticos de representación equitativa parecería proveer un fuerte argumento por el absurdo en contra de aquéllos que impugnan tales programas: éstos rechazan, en definitiva, el principio de que para que un proceso sea equitativo, debe tratar a las personas como iguales; es decir: cuestionan lo que Ely considera la idea nuclear del procedimiento democrático.

En este párrafo, intentaremos mostrar que el problema principal de este argumento de Ely es similar al señalado en el apartado precedente: ¿cómo podemos, sin involucrarnos en cuestiones sustantivas, identificar a las minorías a las que no se brinda un tratamiento igual y reconocer las situaciones en las que ocurre tal cosa?

Ely afirma que una ley es «constitucionalmente sospechosa» cuando una de las posibles formas de justificarla hace manifiesta la voluntad de perjudicar a una minoría y excluirla del proceso democrático y, por lo tanto, refleja prejuicios raciales o estereotipos culturales. En estos casos, la misión del juez sería analizar si esa justificación es la que más se adecua (*fit*) a la ley. De otro modo: si no puede identificarse una justificación independiente de tales prejuicios y estereotipos y que se adecue a la ley al menos tan bien como la «sospechosa», la ley se convierte, continuando con la analogía penal, en culpable y, por lo tanto, debería ser anulada por la Corte Suprema. Este segundo argumento, en definitiva, desarrolla la intuición de que ni los estereotipos ni los prejuicios raciales pueden contar como razones legítimas para la actividad legislativa o gubernamental.

Ely presenta numerosos casos de este tipo de protección contramayoritaria. Uno de los que mejor y más claramente destacan el punto que quiere señalar es el siguiente. En 1957, la Legislatura de Alabama modificó, estatutariamente, los límites de la ciudad de Tuskegee, transformando su figura cuadrada en otra de 20 lados. El propósito de esta reforma geográfica –no declarado, ya que no operaba como justificación explícita en los considerandos del estatuto– era excluir a cuatrocientos votantes negros del distrito electoral. Al año siguiente, la Corte declaró inconstitucional el estatuto, argumentando que «actos generalmente legítimos pueden convertirse en ilegítimos cuando se realizan para satisfacer un fin ilegítimo». La corroboración de que el estatuto respondía a una motivación ilegítima radicaba, de acuerdo



con Ely, en que el Estado de Alabama no impugnó la decisión de la Corte, sino que sólo adujo que no era atribución de ese cuerpo inmiscuirse en el caso.<sup>17</sup>

Antes de criticar el argumento, conviene tomar nota de ciertas precauciones que toma Ely, ya que, de ignorarlas, podría darse una visión relativamente infiel e ingenua de su posición. En primer lugar, Ely reconoce lo improbable que puede ser, en ciertos casos, determinar de manera incontrovertida cuál es la motivación del accionar estatal o del Legislativo. En segundo término, el argumento de Ely no debería hacernos pensar que queda excluida toda ley que perjudique a algún grupo en particular. Es innegable que en cualquier sociedad se registra una hostilidad generalizada hacia los ladrones; de hecho, son considerados delincuentes y su accionar está penado, lo cual redundaría obviamente en su perjuicio. ¿Los convierte esto en objetos de una «clasificación o un estereotipo sospechoso» que involucre un prejuicio? En cierto sentido sí y en cierto sentido no. Efectivamente, el prejuicio existe, pero se halla justificado:

[Las leyes que hacen del hurto un delito] deben, claramente, seguir en vigencia. Se puede reconocer tan patentemente un objetivo sustantivo, el de proteger nuestras casas, al penalizar a aquéllos que ingresan violentamente en ellas, y la adecuación entre ese objetivo y la clasificación es tan cercana que cualquier sospecha que pueda levantar tal clasificación en otras circunstancias es aquietada tan rápidamente que ni siquiera hay tiempo de registrarla.<sup>18</sup>

Por último, una ley puede despertar una sospecha inicial pero, pese a ello, justificar adecuadamente la discriminación o desigualdad que estipula y sosegar el sentimiento inicial de desaprobación. Por ejemplo, una ley puede perjudicar económicamente, como un resultado no buscado y no como su motivación última, a un conjunto de ciudadanos negros, pero beneficiar a la comunidad. Estas leyes podrían no ser, en última instancia, más injustas que las que causan desventajas a los importadores de autos extranjeros o a los ciudadanos que viven en el exterior (aunque van en beneficio de la sociedad o de la mayoría de residentes). De esta forma, Ely muestra que una ley puede ser juzgada sospechosa e inconstitucional no como producto del análisis de sus consecuencias, sino como consecuencia del examen de su justificación.

Como ya mostramos anteriormente, la corrección del argumento no depende pura y exclusivamente del desarrollo del proceso y de la adecuada perspectiva del juez con respecto a él. Si el juez adhiere a una teoría utilitarista de la democracia, bien podría justificar leyes que vayan en detrimento de las minorías, lo cual no significaría que no se consideraron los intereses de esos grupos, sino que tales

17. John Ely, *op. cit.*, p. 160.

18. *Idem*, p. 154.





intereses se vieron sobrepasados por la maximización de la utilidad global de la comunidad. Es precisamente sobre este punto que tanto Dworkin como Lawrence Tribe asientan su crítica: es imposible concebir cualquier desigualdad racial o política como signo de un mal funcionamiento de la democracia a menos que el juez suscriba una teoría particular de la democracia, la cual, como estamos viendo, podría ser razonablemente objeto de discrepancia; ello implica que el juez debe defender su concepción de democracia preferida frente a otras disponibles, lo cual comporta una desviación significativa respecto de la función puramente procedimental que Ely les atribuye a los jueces. Tal cosa puede verse aún de forma más clara aludiendo a un caso actual: la intención del Presidente de Estados Unidos, George Bush, de prohibir, mediante una enmienda constitucional, el matrimonio entre homosexuales. De hecho, Ely admite, en una nota a pie de página, el problema que este tipo de leyes representarían para su concepción:

No hay nada inconstitucional en prohibir un acto por razones de buena fe o sobre la base del sentimiento de que el mismo es inmoral: la mayor parte de los estatutos delictivos son de este tipo, al menos en parte. (Tratar de evitar que la población entera actúe de formas tales que sean percibidas como inmorales no es asimilable a desfavorecer comparativamente a un grupo por simple hostilidad a sus miembros [...]. Al educar a mi hijo para que no actúe de maneras que considero inmorales, aun penándolo cuando lo hace, puedo incurrir en la condena de ese acto, pero el pecado es el paternalismo o alguno parecido, no el que no tome en cuenta o el que valore negativamente los intereses de mi hijo) Esto no significa, sin embargo, que por conjurar “la inmoralidad” se le debe permitir a un Estado defender una ley que, de hecho, fue motivada por el mero deseo de dañar a un grupo desfavorecido de personas.<sup>19</sup>

Tanto Dworkin como Tribe se han concentrado en este argumento marginal para mostrar como, ante casos controvertidos, la teoría de Ely se oscurece por completo. Por un lado, trazar una analogía entre las restricciones impuestas sobre un niño en aras de preservar sus intereses más fundamentales y la prohibición de prácticas homosexuales es una forma de argumentar idéntica a la que utilizaban los esclavistas *benévolos* de los siglos XVIII y XIX, quienes sostenían que los negros no podían velar por sus propios intereses y que, en consecuencia, mantenerlos en su condición de esclavitud era un acto de bondad o caridad. Por otro lado, esgrimir un argumento de tal clase implica adherir a una visión sustantiva concerniente a la conducta correcta que debe llevar una persona; en efecto: avalar leyes que prohíban actividades homosexuales es aseverar que las mismas son incorrectas o inmorales.

La siguiente pregunta muestra de la manera más nítida el problema que enfrenta Ely: ¿sobre la base de qué razones puede justificarse la distinción entre el rechazo de los prejuicios raciales como motivación de las leyes y la aceptación de las

19. *Idem*, p. 256.





convicciones de moralidad convencional referentes a asuntos de moralidad sexual privada como razones legislativas valederas? La única forma razonable de trazar esta distinción –que es, en última instancia, la que el mismo Ely supone al diferenciar entre las leyes que discriminan a los ladrones y las que discriminan a los negros afroamericanos– es el compromiso con un conjunto sustantivo de derechos: quien estima admisibles las leyes contra las prácticas homosexuales acepta, como una derivación lógica, que la elección de la sexualidad no es un derecho fundamental y que, por lo tanto, puede ser sobrepasada por consideraciones de moralidad convencional. «Cualquier distinción constitucional entre las leyes que limitan a los homosexuales y las que limitan a los exhibicionistas, entre las que limitan a los católicos y las que limitan a los carteristas, debe depender de una teoría sustantiva acerca de qué grupos están ejerciendo derechos fundamentales y cuáles no».<sup>20</sup>

El error de Ely consiste, entonces, en creer que la identificación de los signos de mal funcionamiento democrático es incontrovertida y, por lo tanto, *objetiva*. Como hemos visto, esta identificación es imposible sin que el juez especifique una teoría particular de democracia y sin que determine un criterio de igualdad. Sería incorrecto afirmar que Ely es totalmente inconsciente de tal imposibilidad; de hecho, como puede inferirse de los dos signos de mal funcionamiento, su concepción tiene que suponer que las instituciones democráticas en cuyo ámbito se toman las decisiones públicas deben tratar a todos los afectados como iguales, es decir, que todas las decisiones deberían satisfacer los requisitos de universalizabilidad y reciprocidad, ya que, de no hacerlo, se estaría atentando contra el objetivo de la democracia.<sup>21</sup> Al mismo tiempo, su preocupación por las minorías estigmatizadas es incomprensible sin que se suponga un rechazo implícito de cualquier criterio utilitarista de igualdad.

Pero esto nos lleva a una ambigüedad que todos los críticos citados lúcidamente señalan: la teoría de Ely, así como cualquier doctrina de la *judicial review*, posee una dimensión sustantiva y es gracias a ella que su concepción reviste algún interés, aun cuando éste sea completamente independiente de las intenciones explícitas del autor. Interpretando de esta forma el texto de Ely, se hace evidente que el autor desarrolla una concepción controvertida de la representación equitativa, derivada de la cláusula constitucional de igual protección; concepción, ésta, que supedita el valor de la democracia a una participación progresivamente inclusiva de los ciudadanos.

20. Lawrence Tribe, «The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theory», *Yale Law Journal*, 89, 1980, pp. 1063-1080; cf. p.1076.

21. David. Richards, *op. cit.*, p. 330.



En el último apartado, mostraremos por qué es que la concepción de Ely, entendida por referencia a sus objetivos explícitos, supone un retorno de los jueces a las cuevas, sugeriremos un modo más adecuado de describir la actividad judicial de la Corte Suprema e indicaremos cómo es que a partir de tal descripción podría brindarse una justificación más convincente de la *judicial review*.

#### 4. Conclusión: los jueces no pueden vivir en cuevas

Como hemos visto, la concepción de Ely partía de una doble desestimación. La primera impugnaba tanto la reclusión de los jueces en una cueva platónica de sabiduría moral como su encierro en una cueva paternalista objetivista; la segunda ponía en cuestión el carácter inevitable de la contradicción entre la democracia y el constitucionalismo. El corolario de ambos rechazos era que la única forma de justificar la *judicial review* de manera consistente con la democracia residía en otorgar a los jueces el rol de guardianes del proceso democrático y librarlos de la carga de formular consideraciones sobre cuestiones sustantivas atinentes a la Constitución. Como hemos visto, la partición absoluta de estos dos órdenes parece imposible.

A pesar de ello, es interesante tomar en cuenta la estrategia de que se vale Ely para alcanzar sus objetivos. Ésta consiste, fundamentalmente, en trasladar a los jueces de sus cuevas de sabiduría moral o de paternalismo objetivista a otra procedimental, lo que les permitiría, en principio, desentenderse de todo conflicto de moralidad política y concentrarse pura y exclusivamente en el cumplimiento de las reglas del proceso. El punto crítico de este desplazamiento —y la razón de ser del título de este trabajo— es que el supuesto de que la reclusión de los jueces en una cueva procedimentalista constituye una garantía suficiente para que no ingresen en ella cuestiones sustantivas controvertidas es tan *ingenuo* como el que comparten las concepciones con las que discutía el realismo jurídico y que el propio Ely rechazaba: por detrás de un aparente halo de objetividad, se escondía la imposición de las propias convicciones de los jueces. Por otro lado, Ely sigue haciendo propia la caracterización del sitio en que se desenvuelve la actividad judicial del máximo tribunal como una instancia superior a la realidad en la que viven los ciudadanos comunes; de hecho, como vimos, las justificaciones de la *judicial review* que conducían a los jueces a vivir en cuevas suponían, en alguna medida, que los jueces se hallaban mejor ubicados que los ciudadanos y que los políticos para decidir la justicia constitucional de las leyes. Pienso que esta descripción es en parte falsa y en parte verdadera. En un sentido, es absolutamente obvio que, tanto por su formación profesional como por su actividad, los jueces tienen un



## LOS JUECES NO VIVEN EN CUEVAS

conocimiento más cabal de las leyes y una relación mucho más directa con ellas, lo cual los capacita para tener, a la hora de tomar decisiones, una perspectiva más clara que la que pueden poseer los ciudadanos del común. Sin embargo, la descripción se torna falsa en cuanto hace desaparecer los conflictos morales y pretende que éstos no tengan injerencia alguna en las decisiones judiciales; es decir, se hace falsa tan pronto como asume que la objetividad de las decisiones judiciales radica en su incontrovertibilidad desde el punto de vista de la moralidad política.

El problema de cómo lograr un criterio satisfactorio para determinar la objetividad de las decisiones judiciales excede, por lejos, los objetivos de este trabajo. Sin embargo, hemos mostrado que la búsqueda de esos criterios no puede estar fundada en una idealización de la función judicial; es decir, una estilización que es, en definitiva, lo que termina por recluir a los jueces en cuevas. Por otro lado, este tipo de descripciones de la actividad judicial colisiona frontalmente contra un hecho de la cultura judicial (que es también un *factum* de la cultura política): el que existan jueces que puedan ser catalogados como liberales o conservadores o, en el plano local, como *garantistas* o *no garantistas*. Tal clasificación intenta explicar sus diferentes posiciones sobre cómo se deberían interpretar los valores inscriptos en el texto constitucional.

Es por ello que una concepción como la desarrollada por Ronald Dworkin en *Freedom's Law* parece trazar un camino promisorio para una caracterización adecuada de la función de los jueces del máximo tribunal:

La primera enmienda se refiere al "derecho" a la libertad de expresión, la quinta enmienda al proceso que es "debido" a los ciudadanos, y la enmienda catorce a la protección "igual". De acuerdo con la lectura moral de la Constitución, estas cláusulas deben ser entendidas de la manera más natural que sugiere su lenguaje: ellas se refieren a principios de moralidad abstracta y los incorporan, por referencia, como límites al poder del gobierno. Por supuesto, se deja lugar para el desacuerdo acerca de cómo exponer nuevamente tales principios, así como para aclarar su fuerza coercitiva, y en torno de cómo pueden aplicarse útilmente a controversias políticas más concretas.<sup>22</sup>

Esta caracterización, por un lado, acepta de manera explícita que los jueces deben realizar juicios acerca de moralidad política y, por lo tanto, involucrarse en cuestiones sustantivas; por otra parte, permite reconocer que los desacuerdos sobre decisiones judiciales son causados –tal como ocurre efectivamente– por discrepancias sustantivas sobre moralidad política que se registran no sólo en el plano abstracto de la filosofía política sino en el seno mismo de la sociedad.

Al mismo tiempo, Dworkin, al hacer explícita su concepción de la democracia, esboza un argumento que posibilita eludir la contradicción con el constituciona-

22. Ronald Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1996, p.7.





lismo. Tal concepción rechaza el supuesto de que la democracia comporte un mero compromiso con la regla de la mayoría –de que los procedimientos democráticos tienen que estar diseñados de modo de reflejar aquella decisión que una mayoría de la población votó o hubiera votado contando con toda la información pertinente disponible–; por el contrario, de acuerdo con Dworkin, el objetivo de la democracia es que las decisiones tomadas por instituciones públicas (ya sean electas o no) brinden un tratamiento igual a los miembros de la comunidad:<sup>23</sup>

[Esta concepción] requiere que las decisiones políticas cotidianas sean tomadas por aquellos representantes que fueron electos; pero requiere que estos procedimientos mayoritarios muestren una preocupación por el *status* igual de los ciudadanos y no por algún compromiso con los objetivos de la regla de la mayoría. De este modo, no ofrece razones por las cuales procedimientos contramayoritarios no puedan ser empleados en ocasiones especiales en las que ello protegería o aumentaría el *status* igual de los ciudadanos, el cual constituye el objetivo de la democracia.<sup>24</sup>

No hay lugar a dudas de que se hace necesaria una justificación más elaborada de la concepción constitucional dworkiniana para poder recomendarla. Por ejemplo, debería justificarse la necesidad de la lectura moral de la Constitución, es decir, de la interpretación moral del texto fundamental; también tendrían que justificarse los límites que pretenden hacer objetivas las interpretaciones constitucionales, distinguiendo una interpretación de una mera invención o de una mera imposición de los valores propios del juez. A pesar de todas estas salvedades y precauciones, creo que el camino señalado por Dworkin aparece como el más conducente, ya que su punto de partida fáctico es una descripción de la actividad judicial en el marco de la cual los jueces se hallan inmersos en una comunidad política y en sus conflictos morales y no encerrados en una cueva construida artificialmente para desligarlos completamente de cualquier controversia política.

Universidad de Buenos Aires

23. *Idem*, p. 15-18; Ronald Dworkin, *A Matter of...*, *op. cit.*, pp. 68-72.

24. Ronald Dworkin, *The Moral Reading...*, *op. cit.*, p.17.

