

Judicialización de la política, politización de la ley*

JOHN FERREJOHN**

Resumen

En este artículo, el autor analiza el profundo cambio que en la distribución del poder se ha suscitado a nivel mundial. Este cambio consiste en una transformación en el papel que juegan los tribunales y jueces en la judicialización de la política —la mayor participación de jueces y tribunales en asuntos políticos— y de los actores políticos en la politización de la ley —la creciente participación de la clase política en el terreno judicial. El autor distingue al menos tres maneras en las que los tribunales han tomado nuevos e importantes papeles en relación con las legislaturas. Ello ha ocasionado la transformación de las cuestiones políticas en cuestiones legales donde consideraciones del tipo legal/constitucional y la retórica adquieren nueva y a veces decisiva importancia en la elaboración ordinaria de políticas.

Abstract

In this article, the author asserts that there has been profound shift in power away from legislatures and toward courts and other legal institutions. This shift, which has been called judicialization, has become more or less global in its reach. The article carefully examines this constant ebb and flow, this constant shift in the role played by courts and judges in judicializing politics —the greater participation of judges and courts in political matters— and by the various political actors in politicizing the law —the growing participation of politicians in judicial matters. The author distinguishes at least three ways in which courts have taken on new and important roles relative to legislatures. Therefore we find ourselves with the transformation of political questions into legal ones. And this means that legal/constitutional considerations and rhetoric assume new and sometimes decisive importance in ordinary legislative policy making.

Palabras clave: judicialización, politización, aplicación de la ley, poder legislativo, poder político, actores políticos, autoridad política, reforma política.

Introducción***

Desde la última guerra mundial ha habido un profundo cambio en el poder alejándolo del legislativo en dirección de los tribu-

* Traducido por Felipe Block y Cabrera.

** Hoover Institution, Herbert Hoover Memorial Building 322, Phone (650) 723-0221 Fax (650) 723-1808. Stanford University, 417 Galvez Mall, Department of Political Science, Stanford, Ca., 94305-6044.

*** Mi agradecimiento a William Eskridge, Barry Friedman y Pasquale Pasquino por sus útiles comentarios y observaciones.

nales y otras instituciones de derecho. Este cambio —llamado judicialización—¹ se ha tornado más o menos mundial en su alcance y es tan marcado en Europa, y recientemente en Europa Oriental, como lo ha sido en los Estados Unidos. El ver a los jueces italianos socavando el sistema de gabinetes musicales de la posguerra, y a los recién energizados jueces franceses persiguiendo primeros ministros y presidentes, son sólo los aspectos más visibles de esta tendencia. Uno podría también señalar el papel de los jueces que buscan arrestar y llevar a juicio a dictadores y líderes militares — a veces, con éxito. Y, naturalmente, la intervención de nuestra Suprema Corte en políticas electorales como la de *Bush vs. Gore* que constituye aún otra muy pública manifestación de esta tendencia.

Podemos distinguir al menos tres maneras en las que los tribunales han tomado nuevos e importantes papeles en relación con las legislaturas. Primero, los tribunales se han visto cada vez más aptos y con mayores deseos de limitar y regular el ejercicio de la autoridad parlamentaria imponiendo límites importantes al poder de las instituciones legislativas. Segundo, cada vez más, los tribunales se han convertido en el lugar donde se hacen las políticas significativas. Y, tercero, los jueces se han visto más dispuestos a regular la conducción de la actividad política misma —ya sea que se practique en o alrededor de las legislaturas, oficinas de gobierno o el electorado— construyendo y haciendo valer normas de comportamiento aceptable, tanto para grupos de interés y partidos políticos como para funcionarios electos o designados.

Pero la judicialización no se limita simplemente a los cada vez más importantes y penetrantes papeles que juegan los tribunales en la hechura de políticas. El hecho de que frecuentemente los tribunales intervengan en el proceso de formulación de políticas también quiere decir que otros actores políticos, y grupos en busca de actividad política, tienen razones para tomar en consideración la posibilidad de una reacción judicial. Las propuestas tienen que ser enmarcadas de tal forma que la legislación no sea echada para abajo o interpretada de modo indeseable. Y esto quiere decir que parte del

¹ Esta idea se encuentra en Alex Stone Sweet, *Governing with Judges*, Oxford University Press, 2000, y se desarrolla más a fondo en John Ferejohn y Pasquale Pasquino, "Rule of Democracy and Rule of Law", próximamente en un volumen de *Rule of Law* editado por José María Maravall y Adam Przeworski, Cambridge Press, 2002.

debate sobre políticas para abordar la nueva legislación debe dirigirse a anticipar la respuesta de las instituciones de derecho. Por tanto vemos en el mundo un aspecto del fenómeno que hace años señaló Tocqueville sobre la política en Estados Unidos: la transformación de cuestiones políticas en cuestiones legales. Y esto quiere decir que consideraciones del tipo legal/constitucional y la retórica adquieren nueva y a veces decisiva importancia en la hechura ordinaria de políticas legislativas.

Podemos observar un aspecto de la judicialización en la adopción generalizada de instituciones y prácticas de fallos constitucionales, aun en sitios con instituciones y tradiciones legales que durante mucho tiempo fueron inhóspitas a ellos. Ciertamente, el modo que toman los fallos constitucionales adoptados en Europa y otros lugares no precisamente sigue el modelo americano. A los jueces ordinarios europeos no se les permite echar abajo la legislación; esa autoridad está confinada a tribunales constitucionales especializados fuera del sistema judicial. Sin embargo, muchos de estos nuevos tribunales constitucionales europeos han estado por lo menos tan dispuestos a invalidar y modificar la legislación parlamentaria como lo ha hecho la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, aun en sus periodos más activos. Más aún, la existencia de tribunales constitucionales ha presionado, de hecho, a jueces ordinarios a tomar en consideración asuntos constitucionales en sus actividades judiciales cotidianas. Veamos dos ejemplos: interpretar estatutos legislativos y reglamentos administrativos en relación con la constitución, y decidir cuáles asuntos deben remitirse al tribunal constitucional. También, el aumento en fallos constitucionales ha transformado el paisaje de la política parlamentaria al forzar a los legisladores a tomar en cuenta consideraciones constitucionales al preparar proyectos legislativos.²

Tal vez tan importante como la invención de tribunales constitucionales es la creación de instituciones judiciales supranacionales, en Luxemburgo y Estrasburgo, que han limitado crecientemente la capacidad de las instituciones políticas nacionales para formular e implementar políticas. En realidad la incorporación de jurisprudencia sobre derechos humanos en Estados europeos ha permitido a los

² Alex Stone Sweet describe este fenómeno con cierto detalle en *Governing with Judges*, *op cit.*

jueces ordinarios un alcance mucho mayor para cuestionar la legislación.³ Aun los jueces británicos pueden ahora revisar y cuestionar leyes del Parlamento; algo inconcebible hace tan sólo unos cuantos meses. En efecto, ahora hay en Europa tres judicaturas que pueden revisar la legislación: jueces ordinarios, magistrados constitucionales y magistrados en los tribunales europeos. La situación en otros lugares como Europa Oriental y América Latina también tiende en esta misma dirección.

En Estados Unidos, tenemos una larga historia en la que los tribunales imponen límites constitucionales a las legislaturas.⁴ Debe reconocerse que esos límites han fluctuado en el tiempo y su contenido permanece en profunda disputa, tanto normativamente como descriptivamente, entre académicos, jueces y políticos. Más aún, en este país los jueces se han involucrado sustancialmente en la formulación de políticas desde hace tiempo. Pero la tercera vía de cambio —la reglamentación judicial de la conducción de la vida política— ha aumentado sin ambigüedades en las últimas décadas. Los tribunales han jugado, crecientemente, un papel activo, aun agresivo, en reglamentar las elecciones, el financiamiento de campañas, la organización de partidos y grupos de interés, el sistema electoral, etcétera. Más recientemente, y más controversial, los tribunales hasta han comenzado a reglamentar procesos internos del Congreso al hacer cumplir lo que pudieran llamarse requisitos deliberativos sobre acciones legislativas. El resultado no es solamente que se esté haciendo más legislación en los tribunales, sino también que la legislación elaborada en otras instituciones crecientemente se ve sujeta a un proceso con base en reglamentación judicial.

En vista de estos sucesos, no es sorprendente que los nombramientos a la Suprema Corte y a otros tribunales federales se hayan convertido en asuntos políticos partidistas. Esto ha sido cierto desde

³ Los jueces no pueden invalidar leyes o acciones administrativas, pero pueden declararlas inconsistentes con la Convención Europea para los Derechos Humanos y exhortar al gobierno a hacer los cambios necesarios para adecuar la ley nacional de conformidad con la Convención.

⁴ Para ser preciso, durante la mayor parte de nuestra historia los tribunales han estado activos primordialmente en frenar a los gobiernos estatales y locales, pero durante gran parte del siglo pasado, también se ha sometido a la legislación federal al mismo tipo de rígido escrutinio judicial. El único periodo de gracia judicial, comenzado en 1937, fue pasajero y en realidad sólo atestiguó un cambio en el contenido de los derechos que los tribunales protegerían, de lo económico a lo personal.

los tempranos días de la república, aunque la intensidad y franqueza del conflicto ha fluctuado con el tiempo. Especialmente cuando los tribunales han intentado sistemáticamente frenar o revertir la acción de las mayorías políticas —como sucedió en los años treinta— a menudo se tienen notorias disputas partidistas sobre quién debe ser nombrado a servir en los tribunales. Éstas a menudo se ven como ocasiones en las cuales los principios de la democracia, o al menos ciertos de sus conceptos, entran en conflicto con principios legales (o ciertos conceptos de esos principios). No es sorprendente que en tales ocasiones se imprima una tensión especial a las ligas existentes entre las ramas política y judicial.

Hasta cierto punto, el aspecto político de los nombramientos a los tribunales es, por un lado, inevitable en nuestra estructura gubernamental y, por el otro, legítimo. Respuesta democrática y legalidad son ideales complejos y a veces incompatibles. Lo que cada uno de ellos requiere alguna vez es una cuestión abierta y disputada. Y las prácticas de reglamentación judicial se encuentran justo en la disputada frontera de estos conceptos. Cuando el dominio de los tribunales incluye la hechura de reglas que afectan a todo el mundo y no sólo a los litigantes —como sucede en los tribunales constitucionales— podemos esperar reacciones populares y políticas. Cuando los tribunales legislan, todos tenemos un interés legítimo sobre quién los ocupa. Pero mientras que los nombramientos a los tribunales son inevitablemente políticos, no siempre son partidistas. Cuando los tribunales se politizan en este sentido, el asunto es más preocupante. Las democracias producen mayorías cambiantes y si los cambios en el control partidista se traducen en nombramientos a los tribunales, el contenido de la ley se vuelve inestable.

El argumento de este trabajo procederá de la siguiente manera: primero argumentaré que lo que está en juego, institucionalmente, es la distribución del poder legislativo —el poder de establecer reglas generales para su futura aplicación.⁵ Se supone que en una

⁵ No es importante, para los actuales propósitos, preocuparse sobre si los tribunales hacen o encuentran dichas reglas. En verdad, en ciertos modelos de legislación, la hechura legislativa de reglas es epistemológica o debiera serlo. Sea lo que sea que los tribunales estén haciendo al establecer reglas, se les puede considerar como establecedores de dichas reglas y esas reglas son de aplicación futura y general. Esto no quiere decir que no hay diferencias entre las legislaturas y los tribunales como hacedores de reglas. En realidad pienso que hay fuertes razones normativas para que ciertos tipos de decisiones se hagan en una institución, de acuerdo

república el poder legislativo lo ejerce, directa o indirectamente, el pueblo, y es la principal fuente de dirección y legitimidad en el gobierno. Por esta razón el poder legislativo se deposita siempre, inicialmente, en una legislatura representativa. Típicamente la legislatura tiene la conexión política más cercana con la gente misma, proporcionando una atractiva receta republicana para las instituciones gubernamentales. Las constituciones modernas pueden dividir la legislación en varias formas: verticalmente —creando un proceso legislativo constitucional y tal vez asignando algún poder a las legislaturas provinciales o estatales— y horizontalmente —permitiendo que el ejecutivo participe en el proceso legislativo de varios maneras para proponer la legislación, como un actor con poder de veto o ambas.⁶ Cada una de estas entidades —la legislatura nacional, la legislatura constitucional y la legislatura provincial o estatal— son instituciones representativas y, de acuerdo a la teoría republicana aceptada, con toda razón ejercen poderes legislativos.

Segundo, aunque las constituciones y las expectativas públicas pueden asociar el poder de legislar con la legislatura, dicho poder puede reubicarse entre instituciones gubernamentales e históricamente lo ha hecho repetidamente. De hecho, los poderes se desplazan. Así, como vemos en los sistemas europeos, la formal dependencia del ejecutivo de la legislatura ha tenido el efecto de colocar la parte más sustancial de los poderes legislativos (el poder de proponer y estructurar la agenda deliberativa) en manos del gobierno mismo. Dicha tendencia, por supuesto, es menos marcada en los Estados Unidos debido a la separación de la autoridad del legislativo y el ejecutivo, pero es aparente que también en este país el presidente ha asumido al menos control informal sobre gran parte de la agenda legislativa regular (especialmente cuando el control partidista del gobierno no está dividido). Y por supuesto, por todas partes vemos que mucho de la autoridad legislativa efectiva gravita hacia los tribunales y dependencias administrativas.

a ciertos procedimientos, en lugar de la otra. Más aún, pienso que instituciones distintas se comportarán, de hecho, en forma distinta y por lo tanto la distribución de la autoridad legislativa tiene consecuencias.

⁶ Obviamente la forma en que se relacionan el ejecutivo y el legislativo en las distintas democracias varía. Los gobiernos europeos típicamente hacen al ejecutivo responsable ante el parlamento, mientras que el gobierno americano se basa en la premisa de que ambas ramas son iguales.

Esto no es sólo un hecho empírico sobre los procesos políticos (creo que lo es), sino un asunto guiado en parte por consideraciones normativas. Hay buenas razones por las que ciertas clases de legislación deben debatirse y formularse en una legislatura y otras clases de legislación deben hacerse en los tribunales o dependencias administrativas. Esto es así porque parece ser que cada legislación legislativa diferente requiere de diferentes clases de razones o justificación. El mejor argumento para ciertas políticas pudiera ser más o menos mayoritario: si el pueblo (o sus representantes) deciden tener un mayor o menor sistema de parques nacionales entonces esa decisión le corresponde, apropiadamente, a ellos. Otras clases de políticas pudieran requerir llamados a conceptos económicos, técnicos o morales. Las legislaturas a menudo delegan una gran cantidad de autoridad en aislados bancos centrales, servicios de inteligencia y dotan a incontables dependencias con la autoridad necesaria para formular leyes con objeto de asegurar que las políticas atiendan a razones técnicas y resistan los intereses políticos por intervenir. Y, aun si la gente prefiriera no permitir que cierta minoría impopular asistiera a las escuelas públicas o accediera a los servicios de seguridad social, los tribunales requieren que tales propuestas legislativas respondan a consideraciones de igualdad y eviten injusticias. Desplazar la legislación hacia los tribunales y dependencias, en estos aspectos, tiene el efecto de cambiar el tipo de consideraciones —el tipo de justificaciones deliberativas— que intervienen al escoger entre las distintas políticas a seguir.

Tercero, dónde ocurre la hechura de leyes y, específicamente, cuándo los tribunales participan más en ello, responde a factores políticos estructurales. Estos factores pueden ser modelados explícitamente. Por tanto, una teoría positiva de la judicialización pronosticaría que los tribunales serán capaces de formular políticas que se mantengan bajo circunstancias políticas específicas. Las condiciones para los tribunales activos en la formulación de políticas no están relacionadas con las aspiraciones ideológicas de funcionarios políticos. Esto es, los tribunales que formulan políticas pudieran desarrollar políticas más o menos liberales o conservadoras, dependiendo de condiciones estructurales externas y la composición interna de la judicatura. Claro, si los teóricos positivos pueden explicar cuándo adoptarán los tribunales el papel de formular políticas y cómo es

probable que sea ese papel, también los actores políticos —jueces, burócratas y diputados— podrán hacerlo.

Cuarto, como corolario, las condiciones estructurales favorables para la legislación judicial también son favorables para reglamentar judicialmente la conducta de los candidatos a puestos de elección popular, los funcionarios electos y los funcionarios por nombramiento. La judicialización de la política tiene parcialmente la misma explicación que la judicialización de la hechura misma de las leyes. La teoría es, en este sentido, bastante cruda y puede no explicar qué tan extensa sea la reglamentación judicial de la actividad política. Tal vez los jueces jueguen un papel de vigilancia sobre los políticos aun cuando las condiciones estructurales para la formulación judicial de políticas no sean propicias. Los políticos pueden, por ejemplo, reconocer que tiene ventajas poder apelar a una parte externa más o menos independiente para hacer valer las reglas para una competencia limpia. Tal vez esto se deba a que les resulta demasiado costoso a los políticos tratar de controlar a los líderes políticos corruptos pero poderosos. La delegación de poderes de reglamentación a dependencias y tribunales podría resolver un problema de acción colectiva. Si estas consideraciones tienen algún sustento, nuestra explicación es solo parcial.⁷

Finalmente, sostengo que la política —adecuadamente definida y calificada— tiende a seguir a la legislación. Creo que esto no es solamente un hecho empírico, sino que también sigue consideraciones normativas. En tanto que todos nosotros tenemos un interés en los reglamentos generales que nos gobiernan, tenemos derecho a influir en la formulación y adopción de dichos reglamentos. Esto no quiere decir, sin embargo, que la política empleada para formular políticas judicialmente sea igual que la política empleada en el legislativo. Ni esto implica que hay algo malo con el hecho de que reglamentar judicialmente tenga aspectos políticos. Todo lo contrario. El poder para reglamentar debiera ser sujeto de debate y deliberación política por aquellos a los que les afectan los reglamentos. Sin

⁷ La debilidad y dependencia de la FEC (*Federal Election Commission*) podrían usarse en contra de pensar que estas otras fuentes de explicación son particularmente poderosas. Apparently el Congreso ha sido cuidadoso en evitar que la Comisión desarrolle la capacidad de regular la actividad política.

embargo, la forma de la política judicial es y debe ser en cierta manera distinta de aquella que rodea a las ramas políticas.

Poder legislativo

Los autores de la constitución americana compartían con Montesquieu la idea de que el poder legislativo podía y debía separarse del poder ejecutivo y, especialmente, del poder judicial (el poder para resolver disputas por medio de la aplicación de reglas preexistentes).⁸ Montesquieu pensaba, particularmente, que combinar los poderes legislativo y judicial en las mismas manos era la esencia misma de la tiranía —con lo que quería decir reglas arbitrarias. En tales circunstancias el juez/legislador podía simplemente darles forma a las reglas y decidir el caso simultáneamente. Las decisiones nunca se guiarían por principios y serían arbitrarias e impredecibles.

Montesquieu se preocupó menos por cómo establecer y mantener la adecuada separación institucional. Él pensaba que las instituciones judiciales, así como el poder judicial mismo, eran inherentemente débiles —llamó al poder judicial un *pouvoir nulle* (poder nulo)— e implicó que la amenaza real de consolidación debía esperarse del tenedor del poder legislativo (en su época, presumiblemente, la monarquía). Pero sus exhortos se dirigieron más al mal que al remedio. Más allá de señalar las instituciones inglesas que, pensaba él, habían sido relativamente exitosas en separar juicio de legislación, no fue de mucha ayuda para señalar cómo dicha separación podía desarrollarse o mantenerse.

Aun cuando rechazaron otros consejos montesquieuescos, los padres de la constitución de Estados Unidos decidieron aceptar este concepto, y aun cuando la constitución sí establece algunos frenos institucionales a los poderes ejecutivo y judicial, está mucho más preocupada en dividir y controlar el poder del Congreso. Debe haber parecido natural en el siglo XVIII pensar que los poderes gubernamentales estaban de alguna manera asociados a departamentos específicos. ¿Quién otro tendría poder legislativo sino la legislatura

⁸ Estas ideas se encuentran en el capítulo seis del tomo once de Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, 1748.

misma? Así es que, en su mayor parte, los autores depositaron el poder legislativo en el Congreso, el poder ejecutivo en el Presidente y el poder judicial en la Suprema Corte. Y, puesto que les preocupaba la idea de que el poder legislativo fuese el más voraz y peligroso de los poderes gubernamentales, ¿qué sería más natural que rodear al Congreso, su tenedor nominal, con los controles institucionales más importantes? Las ramas menos peligrosas, el ejecutivo y el judicial, fueron menos acotadas por controles externos, al menos en la operación de sus propios poderes. Naturalmente, el ejecutivo y el judicial fueron hechos dependientes del Congreso para la obtención de fondos y la delegación de autoridad. Y los nombramientos a la judicatura, la jurisdicción y el cumplimiento de las órdenes judiciales fueron controlados por otras ramas.

Las cosas ya no parecen tan sencillas. Se hacen leyes en todas las secretarías del gobierno. Sólo su forma institucional difiere de una rama a la otra. No podemos preocuparnos demasiado por el hecho de que algunas normas tomen el particular aspecto formal de los estatutos emanados del Congreso y se generen de acuerdo a procedimientos específicos constitucionalmente sancionados, mientras que otras emanen de procesos administrativos o por decisión de casos legales. El grado al que llegue cualquier dependencia gubernamental para ejercer el poder de hacer leyes de manera no controlada puede ser peligroso para la libertad.

Los teóricos del derecho del siglo XX, Hans Kelsen y H.L.A. Hart, llegaron a reconocer de varios modos que la identificación y el control de la legislación es una tarea mucho más compleja y adaptable a circunstancias variables de lo que debe haber parecido en el siglo XVIII. Hart, por ejemplo, intentó proporcionar una forma de identificar reglas legales válidas. Para ello, postuló que todo sistema legal puede caracterizarse por una regla de reconocimiento que distinguiría todas las normas legales válidas. Dicha regla tendría que calificar para cada norma propuesta, como quiera que hubiese surgido y con cualquier forma que tomase, si constituía una norma legal válida o no. Al respecto tendría que reconocer la generación de normas por cualquier institución autorizada para hacerlo. Aún continúan los argumentos sobre el contenido de la regla de Hart para el reconocimiento (o, en realidad, si dicha idea es un concepto de legalidad que se pueda desarrollar), pero nadie duda acerca de la complejidad

que tendría esa regla pues se requeriría que se revisara la estructura normativa de cualquier sistema legal moderno. En particular, tendría que reconocer la hechura de reglas administrativa y judicialmente así como la producción de reglas por legislaturas. En realidad, en el estado moderno la legislatura genera una pequeña minoría de las normas bajo las cuales vivimos. Esencialmente, por lo tanto, la regla para el reconocimiento se convertiría en su mayor parte en una explicación y justificación de la acción administrativa y judicial.

Desde un punto de vista más práctico, Kelsen estaba preocupado por mantener la legislación bajo la regulación de normas superiores, y para este fin inventó el recurso de un cuerpo institucionalmente separado y especializado para regular la legislación ordinaria. Este nuevo tribunal se colocaría fuera de la estructura de las instituciones gubernamentales existentes y sería, específicamente, independiente del judicial, así como de las otras ramas. Él reconoció que este tribunal especializado necesariamente estaría ejerciendo poderes legislativos de cierta especie. Al principio pensó que un tribunal constitucional se vería ocupado solamente en la legislación negativa —echando abajo estatutos y ordenamientos que fueran inconsistentes con normas constitucionales—, pero eventualmente se vio obligado a admitir que también estarían en juego poderes legislativos positivos. Después de echar abajo un estatuto, le falta al tribunal constitucional reconstruir el panorama legal sin él, y esto entraña la generación de normas positivas. Más fundamentalmente, para decidir si hay o no hay conflicto entre una norma constitucional y un estatuto, un tribunal constitucional debe interpretar el estatuto y la norma constitucional. Dichas interpretaciones necesariamente especifican el alcance y forma de las normas y son, ellas mismas, generadoras de normas. En este sentido, la generación positiva de normas se encuentra en el corazón del fallo constitucional.

La idea de Kelsen para regular la hechura de leyes, aunque difiere del modelo americano de revisión judicial, aún coloca la mayor parte de su peso en un supremo cuerpo constitucional para llevar a cabo las normas constitucionales. Pero en lo que se refiere a la legislación que se produce por todo el gobierno, atenerse a la regulación judicial probablemente será engorroso e inadecuado para controlar la gran cantidad de reglas que se producen en el curso normal de la operación gubernamental. En realidad, los gobiernos modernos con-

fían mayormente en lo que podríamos llamar métodos estructurales para controlar la hechura de leyes. Pueden distinguirse tres modelos de regulación estructural de la legislación.

El primer modelo es republicano: la producción de estatutos legislativos se controla principalmente por el hecho de que los legisladores deben rendirle cuentas a sus electores. Adicionalmente, típicamente se requiere de la participación del ejecutivo para la acción y aplicación legislativa.⁹ El segundo modelo es de cosecha más reciente: la hechura administrativa de reglas se controla porque las dependencias dependen de la legislatura para la obtención de fondos y autoridad, porque las dependencias dependen del ejecutivo para su personal y dirección, y por los requisitos de procedimiento para la hechura de reglas. Así, la legislación administrativa se controla indirectamente por el hecho de que los administradores son responsables ante los funcionarios electos. Finalmente, el control de la legislación judicial se controla principalmente por los límites en la jurisdicción de los tribunales.¹⁰ Los tribunales federales estadounidenses, por ejemplo, sólo pueden decidir casos o controversias de verdaderas partes que se encuentren en genuino conflicto entre ellas. Además, las normas generales formuladas para enmarcar y resolver una disputa en particular deberán tener efecto sólo en aquellos casos que en el futuro sean suficientemente similares a la disputa original. Por otra parte, los tribunales, como las dependencias, dependen de la legislatura para obtener sus fondos y autoridad, y del ejecutivo para hacer acatar las órdenes judiciales.

Por tanto, la legislación judicial está, en principio, limitada en su alcance. Estos límites se refuerzan por las limitaciones sobre qué cuenta como precedente. Además, a veces los tribunales eligen la política de deferir a funcionarios electos o nombrados. Un ejemplo es la doctrina Chevron que compromete a los tribunales a deferir a las interpretaciones de la agencia de sus propios estatutos en tanto dichas lecturas sean textualmente plausibles. Pero, y es importante

⁹ Esta dependencia del ejecutivo es constitucionalmente explícita en sistemas presidenciales como en los Estados Unidos, donde el presidente tiene un veto limitado, pero en los sistemas parlamentarios el ejecutivo monopoliza típicamente el acceso al proceso legislativo.

¹⁰ En los tribunales federales estadounidenses estos límites toman la forma de doctrinas sobre la aplicación de principios de derecho que desarrollan los tribunales para su autosupervisión. Pero tales doctrinas evolucionan a la sombra de la regulación del Congreso. Ver Ferejohn y Kramer.

ver que en lo que a los jueces toca, las limitaciones sobre la hechura de leyes son —a diferencia de aquéllas sobre otros departamentos— autoimpuestas. Estas limitaciones surgen de ideas judicialmente desarrolladas y judicialmente implementadas respecto a la “justiciabilidad”,¹¹ los precedentes y cualesquiera políticas de deferencia hacia otras dependencias gubernamentales que los tribunales hayan decidido seguir.

La política de hacer leyes

La teoría democrática clásica asocia a la política con las actividades de la legislatura y a la ley con la operación de la rama judicial. La política es natural a la operación de la legislatura e inevitable y legítima ahí. Verdaderamente, el debate político se entiende como una necesidad para realizar los valores democráticos medulares. La legislatura hace leyes que son obligatorias para todos nosotros y, por lo tanto, cada uno de nosotros tiene un interés en decidir quién debe participar en la legislatura. Tenemos derecho a monitorear los debates legislativos, a intervenir a tiempo e influir en sus decisiones, y a demandar, en las elecciones, que sus miembros se presenten ante nosotros y rindan cuentas de lo que han hecho. Estas expectativas políticas nos dan derecho a organizar partidos y facciones para elegir, monitorear, criticar, oponer y de otras formas influir en los legisladores. En este sentido, se espera que la política al hacer leyes sea contenciosa, partidista e ideológica. Debe admitirse que se puede abusar del espacio político para criticar y disputar el poder, de tal manera que se amenace la operación de la democracia misma. Madison insistía en que el espíritu faccioso puede ser peligroso para la libertad y por lo tanto, en última instancia, para la democracia. Pero también reconocía que en una república, facciones y partidos que sirven para avanzar las causas públicas y privadas, no pueden abolirse sin socavar el gobierno republicano mismo. A lo más, la política de facciones y partidos puede regularse o administrarse para limitar los posibles abusos. Y la forma más satisfactoria de regulación confía en que la gente use el proceso electoral para corregir la patología

¹¹ La capacidad de ser decidido por principios de derecho o por un tribunal. N. del t.

política. Naturalmente, si la autorregulación democrática falla, existen salvaguardas constitucionales que los tribunales pueden hacer valer para limitar la hechura abusiva de leyes.

En contraste, se supone que la ley o la aplicación de la ley sucede en los juzgados. La aplicación de la ley puede ser motivo de controversia, pero se espera que en su mayor parte sea un asunto técnico de encontrar los principios correctos bajo los cuales se puede solucionar una disputa. La obligación de los jueces y otros funcionarios jurídicos es proporcionar tribunales justos e imparciales en donde las partes puedan solucionar sus disputas bajo normas legales válidas preexistentes. Este modelo mira a los tribunales como lugares donde se solucionan disputas específicas, no como lugares donde se formulan las regulaciones generales y en perspectiva. Los ciudadanos no tienen derecho a influir en los tribunales, o al menos no en la forma en que tratan de influir en la legislatura. Pueden expedir estatutos para que los tribunales los hagan valer, y pueden, indirectamente, tratar de asegurarse que se nombren a la judicatura jueces competentes y favorablemente inclinados. Tal vez hasta puedan exigir que los jueces sean electos de tiempo en tiempo. Pero los ciudadanos no tienen derecho a echar atrás fallos judiciales o a presionar a los jueces para que decidan los casos pendientes en una forma o en otra. Y aun cuando los jueces están sujetos a elecciones, existe algo más que un exceso de escrúpulos con la idea de que los jueces conduzcan una campaña electoral o hagan promesas respecto a cómo fallarían en casos futuros. Ambas actividades —legislativa y judicial— deben conducirse separadamente, de acuerdo a principios distintos. En los tribunales no hay lugar para actividades partidistas, no hay lugar para presionar o influir en los jueces para que tomen determinadas decisiones, y sólo hay un pequeño lugar para expulsar de la judicatura a los jueces con mal desempeño.

Hoy en día reconocemos que la idea de que la política puede o debiera confinarse al proceso legislativo es demasiado simple. En primer término, nadie duda que la hechura administrativa o delegada de leyes puede tener consecuencias de alcance tan amplio como las leyes normales del Congreso. Podemos citar varios ejemplos: el papel de varias dependencias administrativas al crear políticas de acción afirmativa, reglamentos sobre emisión vehicular, requisitos para la disposición de residuos peligrosos, reglamentación para la

prescripción médica de drogas, la identificación de especies amenazadas, y el desarrollo de controles para la tala de madera. Reglamentar en cada una de estas áreas involucró sustanciales redistribuciones de riqueza, elegir ganadores y perdedores y, como consecuencia, cada una generó grandes controversias y se peleó duramente. Las consecuencias políticas de estas reglamentaciones han sido enormes. No sorprende que los que quedarán sujetos a los reglamentos gasten recursos sustanciales, directa o indirectamente, con objeto de influir sobre la forma que finalmente tomen. A veces los grupos tratan de forjar las reglas mismas dentro del proceso de formularlas. A veces los grupos trabajan para influir sobre quien es nombrado a puestos que determinan las políticas de la dependencia. Y por supuesto, a veces, los grupos de interés trabajan para elegir candidatos presidenciales y al Congreso que posteriormente nombrarán a puestos administrativos a personas que vieran con buenos ojos sus intereses. En el caso de dependencias administrativas es de esperarse que los grupos de interés sujetos a los reglamentos de dicha dependencia tratarán de influir, en un sentido o en otro, en lo que serán dichos reglamentos. A veces esto llevará a estos grupos a involucrarse en la política partidista favoreciendo al candidato de un partido sobre otro, y a veces los llevará a tratar de tener acceso a los directivos de ambos partidos principales. En este sentido, la hechura administrativa de leyes está inevitable y justificadamente politizada.

Hasta, tal vez, las consecuencias de la hechura judicial de reglas a menudo hayan sido más profundas que la hechura de políticas en las dependencias. Los casos conocidos que podemos señalar incluyen las confrontaciones contra-mayoritarias como el estancamiento de 1937 entre la Suprema Corte y los congresos del *New Deal*.¹² Los congresos del *New Deal* manifestaron autoridad legislativa sobre la economía que contravenía varias doctrinas de la Corte y, al final, se indujo a la Corte a reformar dichas doctrinas. Instancias negativas, donde los tribunales frenan con éxito la legislación ordinaria sobre la base de que infringe algún derecho fundamental, son más conocidas por los estudiantes de derecho constitucional, en casos como el de *Planned Parenthood versus Casey* (paternidad planificada con-

¹² Barry Friedman, "The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson of *Lochner*," *NYU Law Review*, 76, noviembre, 2001, p. 1383.

tra Casey, 1992). Ahí la Corte rehusó permitir ciertas restricciones legislativas al acceso a los abortos.

Pero la legislación judicial no es siempre, ni aun primordialmente, “negativa” en el sentido de impedir que las mayorías legislativas actúen como mejor les parezca. Los jueces también hacen leyes en un sentido más positivo —actuando donde la legislatura se ha refrenado. Las instancias famosas incluyen la extensión de protección constitucional a los acusados de crímenes (*Mapp versus Ohio*, *Miranda*, etc.), el desarrollo de derechos al aborto (*Roe versus Wade*, 1973), el desarrollo de políticas para la integración escolar (*Brown*) o el establecimiento de planes de transporte escolar en varios distritos escolares, el desarrollo de reglamentos para controlar las plegerias en las escuelas, y muchas más. Nada en cualquiera de estas áreas de política las hizo singularmente propias para una determinación judicial en lugar de una legislativa. Los tribunales actuaron en parte porque las legislaturas no podían actuar o, si lo hicieron, actuaron impropriamente.

En cada uno de estos casos las políticas desarrolladas por los tribunales tuvieron importantes alcances y ramificaciones políticas muy directas. Los políticos a veces han respondido organizando campañas para hacer juicios políticos a los jueces y en otras ocasiones han tratado de promulgar una legislación dirigida a probar y reducir el alcance de las doctrinas judiciales (como en Casey, en donde la legislatura de Pensilvania intentó erosionar las protecciones proporcionadas por Roe). Más frecuentemente, la respuesta política ha sido el tratar de influir en la composición de los tribunales en el proceso de nombramientos. A veces estos intentos requerían movilizar la opinión pública, organizar demostraciones, y aun alentar la resistencia. Más a menudo, sin embargo, los tribunales hicieron políticas que se han convertido en material temático para campañas electorales. Los demócratas han sido denostados por nombrar jueces proclives a proteger a los acusados criminalmente, o los derechos al aborto, o los servicios de planificación familiar. Desde que Nixon adoptó la “Estrategia Sureña” en 1968, los republicanos casi han hecho tanta campaña contra la Suprema Corte como contra los demócratas. En verdad, uno podría decir que las reacciones a las políticas desplegadas por los tribunales en materia de derechos civiles y procedimientos criminales han contribuido tanto a la forma en que se

ha desarrollado la política electoral y del Congreso estadounidense desde 1968 como lo han hecho cualquiera de las decisiones del Congreso.

Estos ejemplos ilustran que la política —a menudo política de confrontación y partidista— está inevitablemente asociada con el ejercicio del poder legislativo y que los tribunales no son inmunes a estas presiones. Doquiera que se hagan reglas generales o de aplicación futura puede haber desacuerdo sobre qué debiera ser el contenido de dichas reglas y la resolución de este desacuerdo no puede confinarse a zanjar una disputa entre partes en litigio. La rivalidad entre estas ideas en competencia es intrínsecamente política en el sentido de que escoger una regla o interpretar la otra debe poder justificarse en cierto sentido ante aquellos a los que afecta la regla. Naturalmente, el argumento judicial nunca se expresa en términos partidistas, pero los argumentos sobre cuáles reglas debieran adoptarse son, sin embargo, argumentos políticos. En los tribunales, estos argumentos conciernen a la forma en que los textos legales y las decisiones previas se entenderán, o sobre los requisitos de la constitución o de algún otro concepto de justicia. Sin importar cómo se presenten, estas disputas son sobre con cuáles reglas debemos vivir y todo mundo tiene un interés en ver cómo se deciden.

La gente tiene un interés legítimo en la hechura de las leyes sin importar donde ocurra. Dicho interés es más obvio para las legislaturas y a menudo se ha articulado en teorías sobre derecho administrativo también: una razón por la que las dependencias pueden legítimamente expedir leyes es que existe una cadena de rendición de cuentas que se extiende hasta funcionarios electos (el presidente, miembros del Senado). Si se considera que dicha cadena es demasiado larga o muy indirecta, la rendición de cuentas de la dependencia puede mejorarse requiriendo que la hechura de reglas se ajuste a requisitos adicionales de procedimiento, garantizando previo aviso, y permitiendo libre acceso a cualquiera que tenga intereses en las reglas propuestas. Desde luego, estas justificaciones cuasi democráticas no son la única justificación para la hechura de leyes en las dependencias. En muchos casos, sacarle provecho a expertos conocimientos técnicos, obtener buena información, y, tal vez, incorporar normas profesionales al formular políticas, podrían proporcionar defensas más recias.

En el caso de la hechura de reglas judicialmente, la justificación popular, aunque sea indirecta, es más difícil de obtener. Algunos académicos del derecho enfatizan que los tribunales tienen un linaje popular y las nominaciones a los altos tribunales a veces se ajustan a normas representativas.¹³ Pero aunque podamos sentirnos cómodos con la práctica de que los políticos nombren jueces, generalmente no estamos dispuestos a hacer que los jueces le rindan cuenta de su actuación en los tribunales a funcionarios electos. No, a menos que dichas actuaciones sean censurables. Aun cuando haya elecciones de jueces, estos acontecimientos tienden a ser sucesos de baja información favorables a que regrese el titular y rara vez se organizan en forma partidista de tal forma que se aliente al electorado a jugar un papel real al escoger jueces.¹⁴ En verdad, como reconocieron los primeros oponentes de la constitución, el aislamiento de los tribunales de los procesos políticos presenta problemas especiales de control, especialmente en tanto los tribunales produzcan legislación.

Más aún, una mejor justificación del papel legislativo de los tribunales en una sociedad democrática enfatizaría que la legitimidad de la hechura judicial de leyes se basa en su carácter deliberativo. Desde este punto de vista, el aspecto característico del proceso legislativo judicial surge de la debilidad de sus credenciales democráticas.¹⁵ Se espera que los tribunales, a diferencia de las legislaturas, se enfrasquen en un proceso deliberativo al buscar o forjar reglas generales. Específicamente, al menos en el nivel de apelación —donde tal hechura de reglas ocurre más explícitamente— se ofrezcan justificaciones razonadas tanto para sus decisiones como para cambios doctrinales. En tanto se espere que los tribunales ofrezcan razones, podemos decir que están sujetos a rendición de cuentas por sus decisiones. Desde luego, no rinden cuentas en la misma forma que los funcionarios electos lo hacen. Una decisión mal razonada no le acarrearía a un juez ser removido de la judicatura. Pero la finalidad

¹³ Chris Eisgruber, *Constitutional Self Government*, Cambridge, Harvard University Press, 2001.

¹⁴ Existe una gran cantidad de literatura de ciencias políticas que argumenta que los votantes pueden escoger inteligentemente en elecciones con poca información. Al menos cuando dichas elecciones son competitivas. Véanse los ensayos en Arthur Lupia, Mathew McCubbins y Samuel Popkin (eds.), *Elements of Reason*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

¹⁵ John Ferejohn y Pasquale Pasquino, "Deliberative Institutions", por salir en un volumen en *Comparative Constitutional Adjudication*.

de esa decisión —si fuera apelada y echada abajo— y el alcance de cualquier regla que esa decisión intentara establecer, puede verse limitado por otros jueces, abogados o funcionarios electos. Las reglas que surgen de decisiones mal justificadas tienden a no tener un extenso impacto.

En contraste, no esperamos mucho de las legislaturas para proporcionar razones, al menos no como condición para considerar obligatorios los estatutos. Si un congresista logra reunir una coalición política suficientemente grande para promulgar un estatuto —ya sea convenciendo a otros miembros del Congreso o mediante intercambio de votos—, dicho estatuto reclama nuestra obediencia y respeto. No se requieren razones adicionales. Aquellos a los que no nos guste tal o cual política podemos solicitar votos y montar campañas electorales para cambiar el Congreso, o aterrarlo, y lograr que se cambie el estatuto. En este sentido, los miembros del legislativo personalmente rinden cuenta de sus actos.

En tanto el modelo de una legislatura que rinde cuentas al pueblo tiene una cierta elegancia austera, no toma en consideración la complejidad de hacer buenas reglas. La hechura de leyes está inherentemente plagada de incertidumbres, por lo que nadie puede saber qué consecuencias tendrá la adopción de una nueva regla. Esperamos, por supuesto, que la legislatura adopte instituciones y prácticas internas que manejen dichas incertidumbres inteligentemente. En realidad, en los Estados Unidos, el Congreso ha adoptado un complejo sistema de comités con cuantioso personal profesional y algunos miembros del Congreso se han convertido en respetables especialistas en la materia. Los congresistas han aprendido, también, a confiar en amplias redes de expertos especialistas, tanto en el gobierno como en el sector privado, para ayudarse en la empresa de hacer leyes. En otros países, el gobierno, que es un comité de la legislatura particularmente poderoso, reúne y ordena los recursos de las dependencias ejecutivas para manejar la incertidumbre legislativa. Pero no importa cómo o qué tan bien se maneje, uno nunca puede anticipar totalmente los efectos de las reglas en prospecto.

El delegar autoridad en dependencias administrativas especializadas es una respuesta parcial a esta inseguridad de hacer leyes. En lugar de tratar de anticipar toda la complejidad a la que necesita responder una regla general, el Congreso autoriza a los administradores

a desarrollar reglas más detalladas. Alienta a los administradores a que empleen expertos especializados y obtengan evidencia adicional. Presumiblemente el crecimiento y permanencia del Estado administrativo atestiguan su efectividad en desarrollar reglas de grano más fino que lo que el Congreso podría lograr por sí mismo. Aun así, la hechura de reglas administrativamente tiende a ser una empresa bastante rígida y costosa y las reglas se adoptan, como en el Congreso, en gran medida anticipando cómo estas reglas alterarán el comportamiento en el futuro. Ciertamente, las dependencias a veces pueden responder a casos particulares, a condicionar la aplicación de las reglas en cierta forma. Pero, sin una norma de *stare decisis*,¹⁶ tomar decisiones caso por caso no es efectivo para alterar las reglas mismas.

En vista de la ingobernable incertidumbre de la hechura prospectiva de leyes —en dependencias como en el Congreso— los tribunales ofrecen ciertas ventajas únicas. Los tribunales consideran a las reglas a la luz de circunstancias específicas y se encuentran en buena posición para ver las injusticias e inconvenientes que le presentan a varios litigantes. En tanto que las reglas que los tribunales desarrollan son a futuro —son precedente para casos similares en el futuro— la resolución del caso ante ellos no lo es. Más aún, la práctica de *stare decisis* permite el desarrollo paulatino de reglas generales por medio de las actividades de varios tribunales y jueces y casos. Como han comentado durante siglos los abogados comunes, este tipo de experiencias pueden ayudar a formar reglas apropiadas para circunstancias reales de interacción.

Explicación de la judicialización

Explicaré dos causas generales de judicialización. La primera es una creciente fragmentación del poder dentro de las ramas políticas que limita su capacidad para legislar —para ser el lugar donde las políticas efectivamente se formulan.¹⁷ Llamaré a esto la hipótesis de la fragmentación. Cuando las ramas políticas no pueden actuar, la gen-

¹⁶ Doctrina o política de seguir las reglas o principios sentados en decisiones judiciales previas a menos que contravengan principios ordinarios de justicia. N. del t.

¹⁷ Este argumento se formula en Vendar, Eskridge y Ferejohn, "A Political Theory of Federalism", en Ferejohn, Rakove y Riley (eds.), *Constitutional Culture and Democratic Rule*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

te que busca resolver sus conflictos tenderá a gravitar hacia instituciones que les ofrezcan soluciones, y los tribunales (y los procesos legales asociados) a menudo ofrecen tales sitios. Al menos en los Estados Unidos, con su sistema de poderes legislativos contrapesados, una legislatura dividida no puede evitar con facilidad que los tribunales formulen políticas —aun políticas bastante impopulares.

La segunda causa es tal vez más nebulosa pero tal vez más importante. Es el sentido de que los tribunales (al menos ciertos tribunales) sean confiables para proteger un amplio rango de valores en contra de un potencial abuso político. Llamemos esto la hipótesis de los derechos. La idea es que, cuando los tribunales comenzaron a proteger los derechos y libertades personales además de los derechos de propiedad, la oposición a que se expandiera el papel del judicial disminuyó. En los Estados Unidos este cambio de proteger aspectos económicos a proteger libertades personales y derechos civiles se anunció por la Suprema Corte en *Caroline Products*. En la Europa de la posguerra, el cambio esperó el desarrollo de nuevos tribunales —tribunales constitucionales— a los que explícitamente se les dio la responsabilidad de proteger un amplio rango de derechos humanos.¹⁸ En ambos casos, estimular una jurisprudencia que ofreciera protección a un amplio rango de derechos humanos y valores, y el aumento de tribunales capaces de infundir vida a estos valores, en parte se debe a la gente y sus legislaturas.

Estas dos hipótesis pueden ser evaluadas mediante datos nacionales o información comparativa. Tómese, por ejemplo, la hipótesis de que la judicialización se explique porque los tribunales aumentaron su capacidad o voluntad para proteger una mayor colección de derechos humanos. Un aspecto desconcertante del súbito crecimiento de los tribunales constitucionales en la Europa de la posguerra es el colapso de la históricamente poderosa oposición de la izquierda y centro-izquierda a la revisión judicial. La revisión judicial era vista por estos partidos como antimayoritaria y, basados en el ejemplo americano, los partidos europeos de izquierda la vieron como un ligeramente velado intento por establecer sólidamente los derechos de propiedad. Después de la Segunda Guerra Mundial, esta oposición la esgrimieron nuevamente la izquierda de Francia e

¹⁸ John Ferejohn y Pasquale Pasquino, “Deliberative Institutions”, en prensa.

Italia pero, al menos en Italia, la oposición no pudo impedir el establecimiento de un tribunal constitucional. Este fracaso tal vez se agudiza al recordar que la izquierda, especialmente el partido comunista, se hallaba en la cresta de su popularidad en el periodo inmediato a la posguerra. ¿Si los partidos de izquierda habían podido impedir el establecimiento de los tribunales constitucionales antes de la guerra, por qué no pudieron continuar haciéndolo en circunstancias donde virtualmente todas las otras fuerzas políticas habían sido comprometidas o desacreditadas?

Pasquale Pasquino y yo hemos argumentado que la expansión del conjunto de derechos que se protegerían por los tribunales constitucionales propuestos jugó un importante papel para la rápida y generalizada aceptación del fallo constitucional en Italia y otras partes de Europa.¹⁹ La necesidad de asegurarse que la hechura ordinaria de leyes estaría reglamentada por valores fundamentales se sentía especialmente urgente en Italia y Alemania: los procesos ordinarios para la hechura de leyes en esos dos países habían fracasado totalmente en cuanto al respeto de los derechos humanos concierne. Pero no sólo la legislatura era objeto de sospechas como defensora de derechos fundamentales, también lo eran los tribunales ordinarios, que habían hecho poco para controlar o limitar el impacto de la legislación autoritaria. La institución de nuevos tribunales constitucionales —que tendrían el poder de echar atrás la legislación y ser independientes del judicial mismo— era parte de una respuesta a esta doble situación de desconfianza —de la legislatura y del sistema de tribunales ordinarios. ¿Pero cómo pudo persuadirse a los oponentes de la revisión judicial que podía confiarse en un tribunal constitucional especializado para proteger un amplio rango de derechos humanos y no sólo los derechos de propiedad? Sugerimos que al hacer nombramientos al tribunal de manera que ambos, los partidos de derecha e izquierda, tuvieran un papel en dichos nombramientos, y al aislar los nuevos tribunales de la judicatura ordinaria, los tribunales constitucionales propuestos se volvieron más creíbles como instituciones que harían valer los derechos humanos.

La hipótesis de los derechos también puede evaluarse con material americano. La historia más común acerca de los tribunales anteriores al *New Deal* era que tendían a hacer valer una versión de la

¹⁹ *Ibid.*

constitución muy cargada hacia la protección de intereses relacionados con la propiedad.²⁰ Dado el historial de la Corte en este periodo, no sorprende que hubiera bastante oposición por los liberales hacia la institución y práctica de la revisión judicial.²¹ Pero, sin importar cómo interprete uno los eventos del periodo del *New Deal*, para 1940 la Corte ya había comenzado a proteger un conjunto distinto de derechos —a entretener y hacer valer una teoría distinta de la constitución.²² Al mismo tiempo, hubo también un dramático cambio en la composición de la Corte en un breve lapso, y era mucho más probable que estos nuevos integrantes de la Corte tuvieran compromisos políticos y personales para defender y proteger otros intereses, no relacionados con la propiedad. Frente a esta nueva y muy distinta Corte, no es muy sorprendente que la sistemática oposición de la izquierda a la revisión judicial comenzara a erosionarse y que, de hecho, los políticos liberales vinieran a ser el principal apoyo para la nueva jurisprudencia de la Corte.

La hipótesis de la fragmentación también puede probarse localmente, con información sobre la historia política americana, o en un marco comparativo más amplio. Aquí la idea es que los tribunales pueden ejercer autoridad independiente para dar forma a políticas sólo cuando las instituciones políticas están demasiado fragmentadas para detenerlas. La fragmentación política es una idea compleja que puede surgir de varias maneras diferentes. El federalismo, por ejemplo, fragmenta ciertas clases de poder político —verticalmente entre los gobiernos central y local— y puede crear en ambos el espacio para la acción judicial. Los sistemas federales no sólo proporcionan oportunidades y obligaciones para que los “estados” construyan políticas sin contrapesos del gobierno nacional, generalmente también proporcionan a los estados la capacidad para detener o frenar acciones del gobierno nacional. Y por supuesto, las disputas

²⁰ La cuidadosa historia por Barry Friedman de relatos estándar y revisionistas sobre Lochner y la lochnerización se encuentra en Barry Friedman, “The History of the Countermajoritarian Difficulty...”, *op. cit.*, pp. 1383-1455.

²¹ En verdad no sorprende que los observadores europeos de la revisión judicial americana concluyeran que dicha revisión solamente protegería los derechos de propiedad.

²² La señal que expresó este cambio fue, por supuesto, la famosa nota cuatro de la decisión del juez Stone en el caso de *Caroline Products*. Pero la Corte ya estaba desarrollando conceptos más amplios sobre los derechos y valores constitucionales con anterioridad a esa nota al pie de página.

jurisdiccionales en los sistemas federales —ya sean entre estados o entre un estado y el gobierno nacional— necesitan ser resueltas y los tribunales típicamente se emplean para este fin.

El federalismo es, por supuesto, sólo una forma en la que las instituciones formales pueden instar a la fragmentación. Otra es la división de los poderes horizontalmente al adoptar una forma presidencial de gobierno. En los sistemas presidenciales, el ejecutivo no rinde cuentas al legislativo, sino que responde (más o menos) directamente al electorado. El ejecutivo es una rama de gobierno de igual rango y con el mismo estatus que el legislativo y el judicial. Los sistemas presidenciales generalmente proporcionan los medios para que las diferentes ramas puedan atajar a las otras en el ejercicio de sus propias funciones. Los presidentes tienen de alguna manera cierta autoridad de veto, las legislaturas generalmente mantienen la autoridad sobre el control presupuestario, los tribunales necesitan acciones ejecutivas, y a veces legislativas, para hacer valer sus órdenes. Frenos de este tipo tienden a producir situaciones de estancamiento y crisis. Institucionalmente, entonces, el poder tiende a fragmentarse más en sistemas presidenciales que en sistemas parlamentarios.

Cierto, la fragmentación institucional puede superarse si los partidos políticos están suficientemente bien organizados y tienen autodisciplina. Los partidos bien organizados pueden coordinar acciones entre instituciones, al menos en ciertas circunstancias. Los ejemplos más claros de esto no son muy atractivos: hasta hace poco tiempo se hallaban dos ejemplos en sistemas monopartidistas como los existentes en la antigua Unión Soviética o en México. Pero existen circunstancias menos extremas en las que partidos relativamente bien organizados pueden superar la entropía institucional. Los partidos políticos de la Europa Occidental generalmente son bastante disciplinados también, pero típicamente no obtienen mayorías parlamentarias. La excepción más conocida es el modelo británico de Westminster en el que un partido generalmente obtiene una mayoría de curules en la Cámara de los Comunes y mantiene una férrea disciplina en los votos parlamentarios. Dicha disciplina hace al ejecutivo responsable ante la Cámara de los Comunes; si el gobierno llega a perder el apoyo de su mayoría en la Cámara Baja se requiere que renuncie. El hecho de que un partido casi siempre tiene la mayoría, y que puede disciplinar a sus miembros, permite que los bri-

tánicos mantengan un sistema de responsabilidad gubernamental. En efecto, el poder legislativo nunca se fragmenta en la Gran Bretaña.²³

La fragmentación puede también darse de manera menos institucional: por ejemplo por un gobierno dividido, en donde diferentes partidos o coaliciones controlan diferentes ramas. En los sistemas presidenciales, una forma típica de gobierno dividido se presenta cuando un partido controla la legislatura y otro tiene el control de la presidencia. En sistemas parlamentarios, un gobierno dividido ocurre cuando el control sobre ambas cámaras está dividido. De cualquier manera, al dificultar respuestas legislativas coordinadas se proporciona lugar para que los tribunales hagan políticas libremente. Los observadores de gobiernos divididos a menudo lo describen como algo que simplemente sucede —como el clima— y no como algo que el electorado busque intencionalmente. Recientes estudios en esta área sugieren que una significativa, y decisiva, fracción del electorado puede verse beneficiada al dividir los poderes gubernamentales y quizás hasta voten intencionalmente por candidatos de distintos partidos con objeto de lograrlo.²⁴

El sistema americano es más complejo. En los Estados Unidos, los partidos generalmente no logran disciplinarse a sí mismos efectivamente. Esto se debe, en parte, a un sistema electoral que hace de cada miembro del Congreso una especie de embajador de su distrito o estado, y en parte al hecho de que el presidente se elija por separado. En un sistema así los representantes tienen toda la motivación para responder a las diversas necesidades de sus electores en lugar de agruparse detrás de un programa coherente del partido. Las circunstancias en las que un partido mayoritario puede disciplinar y coordinar sus actividades legislativas tienden a ser bastante breves: los primeros 100 días de Roosevelt, la 89 Legislatura de Lindon B. Johnson y, tal vez, el Contrato con América de Newt Gingrich en el primer periodo de la 104 Legislatura, proporcionan ejemplos. En cada uno de estos casos, el partido mayoritario estaba tan unido en

²³ Esto, por supuesto, es una exageración. Durante los años setenta el partido laborista fue suficientemente incapaz de mantener la disciplina interna y en efecto se rehusó a seguir los dictados de la norma constitucional que requiere la renuncia del gobierno si no es capaz de expedir legislación crítica.

²⁴ Morris Fiorina, *Divided Government*, Cambridge, Harvard University Press, 1996.

logros específicos que la endémica estrechez de miras de las instituciones electorales y constitucionales americanas se vio temporalmente atenuada. Y, por supuesto, esta estrechez de miras es a veces superada en tiempo de guerra, emergencias y crisis económicas. Pero la verdadera lección de estos ejemplos es que los periodos de partidos unificados son raros y breves.

La hipótesis de la fragmentación implica que los tribunales tienen mayor libertad de acción cuando las ramas políticas están demasiado fragmentadas para tomar decisiones con efectividad. En tales casos, la formulación de políticas tiende a gravitar hacia instituciones que puedan resolver disputas con efectividad. Esta aseveración necesita calificarse un poco para principiar. Estoy asumiendo que los tribunales tienden a ejercer su autoridad dentro de exigencias políticas. Esto es, que no adoptarán cursos de acción que conduzcan regular y repetidamente a reveses u otras fuertes reacciones de las ramas políticas; hacerlo generalmente conduciría a resultados inferiores desde la perspectiva de los jueces y le restaría a cualquier deferencia rutinaria que pudieran gozar de las otras ramas. Si esta hipótesis se sostiene, entonces esperaríamos que los aumentos de fragmentación condujeran a áreas más amplias de políticas en las que los tribunales pudieran determinar el resultado sin arriesgarse a ser dominados por funcionarios políticos. Obviamente, si los tribunales intentan fijar políticas fuera de estos límites, las instituciones políticas serían capaces de intervenir.

Ahora podemos considerar algunos otros casos comparativos. El más llamativo, sin duda, es el desarrollo de las instituciones de derecho europeas desde los Tratados de Roma o París. Las instituciones políticas europeas han sido un caso de libro de texto de la fragmentación: combinan una estructura federal con instituciones políticas extremadamente indecisas que requieren de reglas de unanimidad o reglas de mayoría calificada para tomar decisiones. Además, no hay un sistema de partidos que abarquen toda Europa —los partidos están organizados en el nivel nacional y son internamente heterogéneos al igual que los partidos americanos. Esta estructura institucional —que a veces se dice que crea un “déficit democrático”— no se parece más a nada que a los Artículos de Confederación.²⁵

²⁵ Primera constitución de los Estados Unidos (1781-1788). N. del t.

En este contexto, las instituciones burocráticas y judiciales de Europa han florecido. A la Comisión Europea se le ha concedido latitud muy amplia para formular iniciativas de políticas y para establecer regulaciones obligatorias sin temor a ser frenada por los gobiernos nacionales o el Parlamento Europeo. La Corte Europea de Justicia ha sido muy efectiva en establecer jurisdicción sobre leyes nacionales u ordenamientos que afectan el movimiento de bienes, finanzas o personas por toda la Unión Europea. No sorprende desde esta perspectiva, mucho del desarrollo del mercado común europeo y en verdad del de la integración social y económica europea. Estos han sido guiados por la Comisión y la Corte Europea de Justicia en lugar de por el Parlamento Europeo o por o los gobiernos nacionales. Esto no niega que los burócratas europeos también tengan amplia libertad de maniobra.

La fragmentación de las instituciones europeas puede haber disminuido un tanto en años recientes —especialmente desde la ratificación del Acta Única Europea de 1986 y el Tratado de Maastricht de 1992. Estos nuevos acuerdos introdujeron y expandieron el uso de la mayoría calificada. Además, el Parlamento Europeo ha podido asumir un papel marginalmente más significativo a la hora de proponer legislación y tomar decisiones presupuestarias. Sin embargo, durante el mismo periodo, la introducción de nuevos Estados Miembros en el entorno europeo ha aumentado la heterogeneidad de la Unión Europea, y esto tiende a aumentar la fragmentación. Por lo tanto, actualmente, no queda claro si la latitud de decisión de la Corte Europea de Justicia va en aumento o disminuye. Lo que sí queda claro es que cuando se le compara con la situación de cualquiera de las instituciones judiciales nacionales, la Corte Europea de Justicia tiene un área muy amplia para la discreción judicial.

Reglamentación judicial de la política

La reglamentación directa de la actividad política es una forma de judicialización especialmente importante y cada vez más común. Cuando los funcionarios electos ven que las personas nominadas a la judicatura pueden convertirse en sus reguladores, fiscales y encarceladores, el interés en los nombramientos judiciales se eleva a altos niveles. Los tribunales, naturalmente, desde hace mucho tiempo se

han involucrado seriamente en reglamentar las actividades políticas, empleando los estatutos contra el fraude organizado y contra el fraude por correo para dibujar y vigilar los límites entre las prácticas políticas aceptables y las corruptas. A lo largo del último siglo los jueces y fiscales han declarado ilegales venerables prácticas políticas que, discutiblemente, formaban parte de los cimientos de los partidos políticos desde los años tempranos de la república. Estos esfuerzos a menudo fueron calificados como controversiales y ciertamente no siempre impactaron a los partidos políticos o a los funcionarios públicos en forma pareja.²⁶ En ocasiones las prácticas declaradas ilegales han forzado a ciertos funcionarios públicos en altos puestos a renunciar y a menudo los han puesto tras los barrotes. Y en ocasiones, la reglamentación judicial ha favorecido a uno u otro de los principales partidos, o protegido de la competencia a los partidos establecidos. De cualquier manera, es seguro que el escrutinio judicial de partidos y políticos ha jugado un papel significativo (junto con otras reformas estatutarias) para modificar la forma en la que los partidos políticos se desarrollan y buscan votos.

Las recientes reglamentaciones legales de prácticas democráticas se han enfocado a desarrollar doctrinas constitucionales que le permitan a los tribunales reorganizar las prácticas políticas. La distribución del número de congresistas, el acceso a las urnas, el financiamiento de campañas y otros modos de reglamentar la vida política, por largo tiempo protegidos del escrutinio judicial por la doctrina de la cuestión política, cayeron bajo creciente presión en el periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial. Las enmiendas posguerra civil han jugado un papel especialmente importante en estos acontecimientos al permitir mayor reglamentación por el Congreso, así como por los tribunales, de las prácticas políticas estatales. Y, mientras que el Congreso en ocasiones ha utilizado su acrecentada autoridad bajo estas enmiendas para promulgar legislación dirigida a abrir el proceso político a grupos excluidos anteriormente, mucha de esta importante labor se ha llevado a cabo en las dependencias y los tribunales. Como en el caso de los estatutos de fraude, las restricciones constitucionales impuestas por los tribunales a las prác-

²⁶ Nótese que la máquina republicana del condado de Nassau ha sido blanco de fiscales federales, así como el ex vicepresidente Spiro Agnew. Los demócratas y organizaciones democráticas también han sido frecuentes blancos de persecución.

ticas políticas han tenido un impacto desigual en los procesos democráticos. En ocasiones los tribunales han ido en contra de partidos políticos atrincherados, negándoles control sobre nombramientos, alterando concesiones especiales y redibujando los límites de distritos electorales.²⁷ Sin embargo, a veces la reglamentación judicial ha funcionado para proteger a los ocupantes de puestos electorales o a partidos en el poder, a expensas de candidatos o partidos nuevos.

Naturalmente, las restricciones constitucionales recién robustecidas no siempre han funcionado para abrir el proceso político y forzar el paso de las minorías anteriormente excluidas. En los últimos 25 años, el desarrollo de los derechos de la primera enmienda de libre expresión y asociación, cada vez más robustecidos, a menudo ha limitado la capacidad de la gente o sus representantes para reglamentar el financiamiento de las campañas o para reformar los partidos o el sistema de partidos.²⁸ Esta línea de desarrollo constitucional ha conducido a los tribunales a una serie de fallos que claramente favorecen a partidos o funcionarios en el poder.

El cambio más notable en tiempos recientes es, sin embargo, la creciente voluntad de la Corte para imponer lo que pudiera llamarse requisitos deliberativos a las distintas legislaturas. Esta tendencia es muy pronunciada en la reciente serie de decisiones sobre federalismo, pero puede ser de alcance más amplio en el futuro. En una serie de casos, comenzando por *López* y extendiéndose hasta *Morrison y Garrett*, la Corte ha demandado que el Congreso le proporcione una justificación razonada para su autoridad para promulgar estatutos. Y aparentemente la Corte fija una barra cada vez más alta para lo que cuenta como justificación adecuada para el ejercicio de la Cláusula de Comercio²⁹ o autoridad Sección 5. Como otros han señalado, la

²⁷ Nótese el papel de los tribunales en dismantelar el control demócrata de la política sureña.

²⁸ Citas al régimen de Buckley y a *EU, Tashjian*, el Partido Democrático de California, etc.

²⁹ La Cláusula de Comercio es una cláusula en la Constitución de los Estados Unidos que faculta al Congreso a legislar todo lo concerniente al comercio interestatal. En 1824, en *Gibbons vs Ogden*, el presidente de la Suprema Corte, John Marshall, dio a esta cláusula una muy amplia interpretación estableciendo el poder del Congreso sobre el comercio como una herramienta para establecer políticas nacionales. El comercio es más que sólo comprar y vender, dijo, y la autoridad para regular el comercio incluye el derecho de controlar casi todas las áreas de la economía nacional. Basándose en lo anterior, el Congreso, a lo largo del tiempo, ha empleado esta cláusula para legislar sobre asuntos tan diversos como tarifas ferroviarias, medicinas, calidad de los alimentos, leyes antidiscriminatorias, etc. y la Suprema Corte en ocasiones lo ha apoyado y en ocasiones lo ha echado atrás. N. del t.

Corte aparentemente está tratando a la legislatura, en este aspecto, como trataría a una dependencia o inclusive a una corte inferior.³⁰

Naturalmente, no tenemos idea de hasta dónde llegará esta práctica, pero desde el punto de vista de este trabajo, es de especial significado. Aun si la Corte deja inalterado un ejercicio de autoridad legislativa, la demanda de que esa autoridad esté conectada a razones adecuadas tiene el efecto de forzar a la legislatura a actuar como una corte al promulgar estatutos. Tal vez esto sea una buena idea —especialmente en estatutos que imponen cargas particulares a libertades protegidas. Pero demandar que una mayoría actúe razonablemente en todos los casos es negarle la capacidad de gobernar y de ser democráticamente responsable ante la gente por gobernar. En este aspecto, la imposición de requisitos deliberativos plantea cuestiones de separación de poderes.

En tanto esta observación no es original (y pudiera resultar exagerada), tiene relación con el alegato mayor de este trabajo. La voluntad de la Corte para imponerles restricciones constitucionales cada vez más importantes a las legislaturas, puede explicarse en términos de su creciente independencia política de las otras ramas. La Corte puede en esta área hacer reglas en las mismas circunstancias en las que generalmente hace reglas. Pero en esta área única la Corte no está sólo haciendo reglas, está forzando a la legislatura a alterar procedimientos y procesos internos y a tomar decisiones legislativas más como decisiones judiciales. Más aún, argumentado anteriormente, las teorías legales en particular que se usan para juzgar si el Congreso ha presentado un buen caso para su autoridad son propiamente ideológicas. Las cortes haciendo reglas están involucradas en la selección política en la que la gente tiene legítimos intereses y, por lo tanto, no debiéramos sorprendernos de que estos intereses entren en juego a la hora de decidir nuevos nombramientos.

Explicación de la politización

Teóricamente, el Artículo Primero de la Constitución coloca el poder legislativo en el Congreso, o más precisamente (en la Sección 7) en el Congreso y la presidencia conjuntamente, actuando de acuerdo

³⁰ Esta aseveración se toma de Ruth Colker y James J. Brudney, "Dissenting Congress", *Michigan Law Review* 100, octubre, 2001, p. 80.

con las formalidades de las dos cámaras y exposición. Cuando este cuerpo —al que llamaremos la legislatura constitucional— es capaz de actuar, retiene el control de la autoridad legislativa. Bajo estas circunstancias políticas, aunque otras entidades —dependencias administrativas o tribunales— puedan involucrarse en la hechura de leyes (en el sentido de promulgar reglas normativas obligatorias de aplicación general y en prospecto), tal actividad se lleva a cabo a la sombra de y con el tácito consentimiento de la legislatura constitucional. Cualesquiera que sean las reglas que se produzcan, tenderán a ser las que la legislatura constitucional aceptaría. Éstas son las circunstancias en las que la legislatura es prácticamente soberana.³¹

Los tribunales y las dependencias son capaces de acciones independientes o autónomas cuando la legislatura constitucional está demasiado fragmentada para reaccionar.³² En tales circunstancias la hechura de reglas tiende a migrar hacia aquellos cuerpos que sean capaces de acciones decisivas. En estas condiciones vemos cómo se desarrollan entidades familiares como la burocracia “desbocada” y los tribunales activistas. La migración de poderes legislativos a las dependencias y los tribunales coloca cargas extraordinarias en estas instituciones. Cuando los tribunales pueden tomar decisiones más o menos finales con consecuencias políticas, cualquiera que tenga interés en dichas decisiones tiene razones suficientes para tratar de presentar sus intereses en la forma de persuasivos argumentos legales. Y aquellos interesados en las decisiones judiciales tienen razones para buscar influencias y, de ser posible, controlar los nombramientos a los tribunales y otras instituciones de derecho. En este sentido, las condiciones de “judicialización” de la política tienden a producir la politización de los tribunales.³³ La toma de decisiones judiciales tiende a convertirse en política hecha por otros medios.

¿Cómo sucede esto? Yo argumento que las instituciones de una cultura de derecho liberal facilitan la conversión de posiciones ideo-

³¹ Hacemos la distinción entre la soberanía legislativa práctica y la noción formal de soberanía parlamentaria que caracteriza a ciertos otros sistemas de derecho. En Francia, por ejemplo, el parlamento no puede estar mal y las leyes que promulga no pueden ser revisadas o alteradas por un cuerpo distinto al parlamento mismo.

³² Esta teoría se desarrolla formalmente y con todo detalle en Ferejohn y Shipan, *JLEO*, 1990. Las mismas condiciones también indican cuándo los estados son capaces de actividad política independiente.

³³ Ferejohn y Pasquino, “Rule of Democracy and Rule of Law”.

lógicas en posiciones “internas” de derecho. Podemos ver esto en la cultura de la capacitación en derecho y en la idea central de que todo interés tiene derecho a representación y articulación legal competente. Se supone que abogados bien preparados son capaces de exponer y articular las demandas más fantásticas y que los jueces son capaces de responder a estos argumentos y sopesarlos dentro de la ley. Por lo tanto no es muy sorprendente que, cuando menos en los Estados Unidos, virtualmente cualquier posición ideológica o partidista pueda articularse en derecho, generalmente en formas diferentes, como posiciones más o menos defendibles legalmente.

Es más, como lo señaló Tocqueville hace tiempo, el sistema político americano está particularmente abierto a la formación y proliferación de asociaciones y grupos de interés. Así, hemos atestiguado la emergencia de un vasto sistema de grupos de interés legales cuyo objetivo es desarrollar posiciones jurídicas respetables que correspondan a sus preferencias partidistas o ideológicas, reclutar y nutrir abogados inteligentes para proponer estos puntos de vista y colocarlos en posiciones de poder legal. En la “izquierda” vemos a grupos como la NAACP, NOW, NRDC, ACLU y otros. En la derecha tenemos la *Pacific Legal Foundation* y la *Federalist Society* y muchas más. Estas organizaciones han sido sorprendentemente efectivas al perseguir sus intereses políticos dentro del terreno del derecho, donde la deliberación y el razonamiento son el modo en que las reglas generales se adoptan y modifican.

Nada de esto sería muy preocupante si se esperara que los tribunales sólo escucharan estos argumentos que los abogados ponen a su consideración. Se puede decir mucho de la práctica de los grupos de interés, cualesquiera sus metas, al presentar sus argumentos para obtener una decisión o enmienda doctrinal u otros. En verdad, dicha práctica ayuda a articular las reglas generales o de interés social que se desarrollan al decidir los distintos casos. Pero, de hecho, la composición de la judicatura y de los funcionarios de los tribunales en general es permeable a la influencia de tales grupos de interés.

Así es que, en Estados Unidos, mucho de la “acción” tiene que ver con los nombramientos. Los legisladores, sabiendo que no pueden controlar la hechura de reglas judicial en una variedad de áreas de la vida pública, tienen que tratar de decidir quién se sienta en la judicatura o quién argumenta en favor del gobierno. Desde los nombra-

mientos de media noche a la judicatura federal que hiciera John Adams, pasando por varios planes para “empacar” tribunales, hasta la remoción de jueces en California por sus votos sobre la pena de muerte, los pleitos sobre quién será nombrado juez o fiscal han sido asuntos normales de la política americana. Pero es sólo lo que podría esperarse. Los fiscales a todos los niveles son nombramientos políticos naturalmente —típicamente por mínimas mayorías partidistas. Las decisiones persecutorias, en tanto involucran el ejercicio de juicio en un mundo de escasez e incertidumbre, probablemente debieran sujetarse a un principio democrático de rendición de cuentas. Pero el mismo argumento parece ser menos convincente cuando se trata de conformar la judicatura misma. Y, sin embargo, hemos decidido escoger a los miembros de la judicatura con candidatos que surgen de políticas partidistas y que requieren sólo de la mínima mayoría para su nombramiento. No sorprende que, en tal sistema, sea fácil caracterizar a los jueces y tribunales en términos partidistas.

Nada de lo anterior quiere decir que los jueces mismos se comporten como políticos de un partido, intercambiando votos, cerrando tratos, formando coaliciones. No. No dudo que los jueces estén decidiendo los casos que se les presentan a la luz de sus ideas sobre jurisprudencia más o menos coherente sobre lo que la ley requiere. Pero, desde la perspectiva del observador de fuera, su comportamiento es sin embargo previsible desde un simple modelo de votación ideológica.³⁴ Y porque son tan previsibles, otros actores políticos tienden a tomar las decisiones de tribunales como sucesos políticos y tratan de darles forma e influir en ellos por motivos políticos propios.

Vale la pena señalar que el estilo americano de tribunales politizados es inusual en el mundo democrático avanzado. Esto, por muchas razones. Las tradiciones del derecho europeo probablemente no son tan pluralistas —muchos de los sistemas de derecho de la Europa continental aún ven la toma judicial de decisiones como un silogismo— y probablemente no exista la misma proliferación de grupos de interés en esas naciones. Además, los nombramientos a los tribunales ordinarios son casi siempre burocráticos —uno entra a la judicatura como si entrara a un trabajo del servicio civil. Y, aunque

³⁴ Jeffrey A. Segal y Harold J. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model*, 1993.

los nombramientos a los nuevos tribunales constitucionales los hacen cuerpos políticos, dichos nombramientos generalmente requieren supermayorías. Este requisito evita el nombramiento de jueces con posiciones ideológicas inmoderadas. Y, finalmente, los tribunales en Europa están mucho menos abiertos al escrutinio público que los tribunales americanos. Los tribunales constitucionales deliberan en secreto, emiten opiniones *per curiam*, y a menudo no se permite la publicación de disensos. Esto quiere decir que los grupos de interés tienen muchas menos oportunidades para conocer cómo opinan o votan los jueces y para criticar o elogiar sus acciones en la judicatura. Así es que, aun cuando creo que los tribunales constitucionales europeos pueden ser tan políticos como los tribunales americanos, en el sentido de practicar el derecho de forma tal que no se vea sujeto a control legislativo, son mucho menos partidistas y cualquier ideología que puedan tener tiende a ser centrista.

Conclusión

Cuando las condiciones son favorables para que los tribunales ejerzan poderes legislativos, quedan en libertad para hacerlo a través de toda la mesa, sea o no mejor que las decisiones específicas de políticas se hagan en el ambiente judicial. Existe un desencuentro entre las condiciones positivas que permiten la judicialización y la justificación normativa de la ley hecha por un juez. Esto es políticamente peligroso en varios modos. Tiene el efecto de politizar a los tribunales —haciendo que las decisiones judiciales aparenten ser políticamente motivadas y haciendo de los nombramientos a la judicatura materia de rivalidad partidista—, de reducir las legítimas habilidades de la gente o sus representantes para legislar y, más ocasionalmente, de provocar respuestas electorales crudas y opresivas. Es necesario, por lo tanto, que los tribunales tengan cuidado al reposicionar asuntos legislativos específicos hacia ambientes de derecho, y tener cuidado requiere formular estándares normativos para guiar la asignación de la autoridad legislativa.

Y, ¿cómo se verían dichos estándares normativos? Yo sugiero que la legislación de distintos tipos se haga apropiadamente en diferentes ambientes institucionales. Los tribunales están bien equipados

para formular ciertas clases de reglas legislativas —reglas que necesitan desarrollarse a la luz de repetidas experiencias de su uso, reglas que debieran responder a preocupaciones sobre igualdad, procesos legales establecidos y la justicia. Esto no quiere decir que la legislatura no debiera participar en la formulación de políticas en estas áreas; sólo que los tribunales tienen un importante y continuo papel en reglamentar las actividades legislativas en estas áreas. Consideraciones similares debieran decidir cuándo las dependencias administrativas debieran legislar reglas. Las reglas que requieren, por cualquier causa, responder a asuntos técnicos, a menudo se formulan mejor en ambientes donde la existencia de expertos conocimientos se encuentre disponible y donde las normas profesionales puedan forjar el discurso de las políticas.

Pero el hecho de que se desee desarrollar y aplicar normas que gobiernen la localización de la autoridad legislativa no asegura que dichas normas se desarrollarán o aplicarán. Específicamente, es dudoso que se pueda confiar en que los jueces americanos, protegidos por puestos vitalicios y escogidos por medio de procesos políticos partidistas, sean capaces de ejercer precisamente la clase de moderación matizada que se requeriría. Por esta razón pensamos que es inevitable que, bajo ciertas circunstancias, los jueces ejercerán poderes legislativos en áreas que la legislatura misma debiera hacerlo. O, tal vez peor, los jueces pueden resolver disputas importantes en un fallo *ad hoc* sin tomar en cuenta ningún principio general que pudiera ser de aplicación posterior para resolver casos similares. Algunos académicos piensan que Bush *versus* Gore era tal caso y que debiéramos entender que el intento de algunos de los magistrados para asegurarle a la nación que no estaban desarrollando una nueva rama de la doctrina de igual protección (estableciendo y apelando a un principio general) es el signo más claro de que tal ejercicio era inapropiado. Las reacciones políticas a tales acciones son inevitables y, tengan o no tengan éxito, con el tiempo tienen el efecto de hacer de la Corte una institución explícitamente política.

En la introducción sugerí que tal vez tenga sentido que los americanos consideren ciertas reformas que pudieran alterar la dinámica política de la Corte. Las reformas que sugerí —requerir de una supermayoría en el Senado para el nombramiento y limitar a los magistrados a sólo un término no renovable— ya se aplican en varios

tribunales constitucionales en Europa y su experiencia empírica puede ser informativa. El requerir de una supermayoría para los nombramientos quiere decir que los jueces así nombrados tendrían que ser aceptables por varios partidos y líneas ideológicas. Esto tendería a desanimar el nombramiento de jueces en los extremos ideológicos y probablemente conduciría a una corte llena de magistrados moderados. Naturalmente, las mentes judiciales pueden y de hecho llegan a cambiar, por lo que no se puede garantizar que no exista un “corrimiento” judicial. Sin embargo, fijar los términos judiciales tendería a aliviar dichos problemas. Aunque los miembros se tornaran extremistas en ciertas dimensiones, no podrían permanecer en la Corte más de diez o doce años.

Estas dos reformas, tomadas en su conjunto, muy probablemente conducirían a una cultura interna de toma de decisiones muy diferente en la Corte. Los integrantes, estando de acuerdo en lo general, tenderían a ver verdaderas posibilidades de llegar a acuerdos consensuados en varios casos. Probablemente la Corte comenzaría a desarrollar prácticas dirigidas a lograr acuerdos en lo general —aun acuerdos basados en principios ampliamente compartidos— en lugar de conformarse con resolver casos por la regla de la mayoría de cinco.³⁵ Dicha situación sería conducente de una mayor confianza en la Corte, tanto por funcionarios electos como por aquellos que hayan recibido un nombramiento y por el público en general. Las prácticas de otros tribunales constitucionales pueden proporcionar apoyo a estas conjeturas.

En Alemania, por ejemplo, los magistrados del Tribunal Constitucional rara vez publican disensos y más o menos trabajan por consenso en la mayoría de los casos. Los nombres de los magistrados tampoco les son familiares al público. Esto no es sorprendente pues, por diseño, los nuevos magistrados tienden a ser moderados en lo que concierne a la jurisprudencia. El consenso es, obviamente, menos difícil de obtener cuando la mayoría de los integrantes están de acuerdo en lo general. Observar los tribunales constitucionales italiano y español apunta a las mismas conclusiones. Los integrantes y observadores de dichos tribunales enfatizan que el consenso siempre se busca y a menudo se obtiene.

³⁵ Desde 1869 la Suprema Corte de los Estados Unidos tiene nueve magistrados. N. del t.

Obviamente el modelo europeo tendrá ciertas limitaciones en un país tan grande y diverso como los Estados Unidos. Posiblemente la Corte reflejara las posiciones del amplio centro de la política americana, pero ciertas minorías significativas tal vez no se verían reflejadas en ella. Ésta es una preocupación real y válida y debemos estar conscientes de que reformar la Corte afectará sustancialmente sus resultados. Pero tampoco podemos afirmar que una Corte cuyos integrantes sean ampliamente aceptados a través del espectro político será hostil a las minorías. Y de todos modos, el hecho de que el término de su nombramiento esté restringido mantendría a la Corte consistentemente abierta a nuevas fuerzas políticas.

Una respuesta natural a las propuestas de reforma —especialmente a propuestas que requieran enmiendas a la Constitución— es ignorarlas porque son inviables. Y, respecto a imponer límite de tiempo a los nombramientos, esto es una respuesta plausible. Dicha reforma requeriría movilizar una coalición muy amplia para modificar el Artículo V de la Constitución y sabemos, por larga experiencia, qué difícil es formar tales coaliciones. Pero el requisito de una supermayoría no requiere un cambio constitucional. Tal reforma puede implementarse convencionalmente —como los británicos cambian su constitución. Si los integrantes del Senado consideraran que se requiere mayoría de dos terceras partes, podrían simplemente (no necesariamente fácilmente) rehusarse a aprobar cualquier nominación que no lograra obtener tal nivel de apoyo. Alternativamente, los senadores podrían hacer uso de los derechos de procedimiento bajo las reglas del Senado para evitar que algunos miembros tomen la palabra. Desde luego, las cosas se pondrían un tanto sucias al principio, pero tal posición se puede defender basándose en principios y pudiera ser suficiente para implementar el cambio. Ahora bien, el que los senadores fueran capaces de resistir las presiones partidistas que se les aplicaran es otra cosa.

Recibido el 15 de marzo de 2002
Aceptado el 22 de marzo de 2002