

FILOSOFÍA Y DERECHO



La forma del derecho

Fernando Atria

CAPÍTULO 15

ESTRUCTURA Y FUNCIÓN EN CONTRADICCIÓN

Es importante precisar qué es lo que las consideraciones anteriores muestran y qué es lo que no muestran. El argumento ha sido que la idea de la lectura moral muestra que, tratándose de la interpretación de la constitución, no hay espacio para la interpretación jurídica. Atribuir significado a los conceptos constitucionales es defender sentidos en que ellos deberían ser desarrollados, que es precisamente lo que define a la deliberación y al conflicto político, al menos cuando este no es entendido como un mecanismo de agregación de preferencias pre-políticamente configuradas. Si no hay espacio para la interpretación jurídica de la constitución, entonces no hay espacio para la jurisdicción constitucional. En tanto sea auténticamente constitucional, no puede ser genuinamente jurisdicción. Pero el argumento, claro, todavía podría ser respondido del modo en que Kelsen respondía a Schmitt:

El hecho de que [un tribunal constitucional] no sea un «tribunal» no implica ni que su función no sería judicial ni que esa función no puede ser transferida a un órgano dotado de independencia judicial. Esto sería precisamente deducir de cualquier concepto, como «jurisdicción», consecuencias sobre la organización del Estado (Kelsen, 1935: 21).

El paso que Kelsen creyó que faltaba en el argumento de Schmitt es el paso al momento institucional. ¿Qué consecuencias institucionales se siguen de las consideraciones «teóricas» que hemos estado discutiendo?

Porque el paso por cuya omisión Kelsen reprochaba a Schmitt es propiamente institucional. La cuestión se presenta, no cuando nos preguntamos cómo ha de ser interpretada la constitución (pregunta para la cual la lectura moral es la respuesta), sino cuando nos preguntamos por el órgano que ha

de tener autoridad final para decidir los conflictos sobre ella. Y aquí debemos volver a la idea dworkiniana de la Corte Suprema como el «foro de los principios». El argumento del capítulo 14 concluyó que interpretar la constitución no es interpretación jurídica, porque a su respecto las condiciones de la interpretación jurídica no se cumplen, y por consiguiente que solo bajo una comprensión nominalista de la constitución (es decir, una que niega su carácter constituyente y lo reduce a una ley) es posible pretender que puede haber diferencia entre lo que la constitución dispone y lo que debería disponer. DWORKIN insiste en que a pesar de esto el *judicial review* es necesario precisamente para aislar esta pregunta de principios de la pregunta de política (es decir, estratégica) sobre qué es lo que conviene a cada facción, o a la facción más grande (la mayoría). ¿Por qué la Corte Suprema habría de ser más inmune que el Congreso a esta pregunta «política»?

La respuesta está, como hemos visto, en la pretensión de que el derecho y la adjudicación pueden mostrar un grado de racionalidad superior al mostrado por la deliberación política. Esa racionalidad superior permite someter acciones y decisiones a una forma de discurso en la que será posible preguntarse si una decisión de política es o no compatible con los principios constitucionales.

En el capítulo 13 el argumento fue que para que el derecho pudiera cumplir su función racionalizadora era necesario que se cumplieran ciertas condiciones (que se tratara de un conflicto susceptible de ser solucionado por la aplicación imparcial de normas comunes a las partes). Para poder entender que esas condiciones son satisfechas por las normas constitucionales que un tribunal constitucional debe aplicar hoy en día, es necesario aceptar una comprensión formalista de «constitución», que en definitiva ignora su sentido político (= polémico) y la reduce a un conjunto de leyes constitucionales.

De lo que se trata ahora es de ver este argumento en acción, puesto a prueba. Y para eso el punto donde DWORKIN nos deja es inmejorable, porque con él aquí no parece haber desacuerdo más que en la conclusión. Él aceptaría (supongo) la idea de que el derecho tiene una forma superior de racionalidad (una racionalidad de principios, podríamos decir en su nombre); él también aceptaría (lo ha dicho expresamente¹) que una comprensión de la constitución que la reduce a un conjunto de reglas discretas no muestra la debida fidelidad a ella y por último, pese a sus pasos en falso (discutidos en el capítulo 14) él habría terminado aceptando, supongo, que la constitución no puede ser aplicada a través de decisiones puramente declarativas. Ese es el sentido de la tesis de la lectura moral.

Porque, como ha sido anticipado, es en la obra de DWORKIN donde se puede encontrar el argumento más radical contra el neo-constitucionalismo.

¹ Al distinguir entre la concepción de «*rule-book*» y de «*rights*» del Estado de derecho y la constitución: DWORKIN, 1985c: 11-13.

DWORKIN, desde luego, no cree lo mismo, y aquí espero poder justificar mi afirmación.

Para eso debemos retomar el argumento desde donde lo dejamos para seguir los pasos de la idea de integridad en el derecho. Como se recordará, habíamos concluido que el argumento contra el neo-constitucionalismo era institucional, no teórico. De modo que podemos volver a plantearnos la pregunta que entonces dejamos anunciada: ¿qué razones hay para creer, con DWORKIN, que la transformación de las cuestiones políticas en cuestiones de principio no puede tener éxito, o al menos no completamente, en los órganos legislativos y sí en la Corte Suprema?

La respuesta tiene que comenzar del hecho de que la Corte Suprema es un tribunal, y el Congreso no lo es. Pero ¿no deberíamos decir que esta respuesta es una petición de principios? Podríamos decir que la Corte Suprema, precisamente en la medida en que debe aplicar normas que no son susceptibles de aplicación imparcial, no es un tribunal. Nótese cómo aquí se hace agudo el problema identificado en el capítulo 14: como DWORKIN no tiene una teoría de la adjudicación, no tiene respuesta a esta pregunta. Que no tenga una teoría de la adjudicación significa, como vimos, que no puede mirar la función que cumple un órgano para determinar su naturaleza (jurisdiccional o no) y debe echar mano a un concepto estructural (es decir, nominal): la Corte Suprema es un tribunal porque está estructurado como tribunal. Pero entonces la objeción de KELSEN a SCHMITT se vuelve contra DWORKIN, que estaría intentando deducir, de palabras como «jurisdicción» o «tribunal» consecuencias para la organización del Estado.

Si no se trata de deducir consecuencias de palabras, entonces es necesario un concepto no estructural (nominal) de jurisdicción que nos permita determinar si la Corte Suprema norteamericana, en tanto tribunal constitucional, es un tribunal. El argumento del capítulo 10 nos llevaría a concluir que no lo es, porque su función (de nuevo, en tanto tribunal constitucional) no es determinar qué es lo suyo de cada parte de un caso particular por aplicación concreta de la ley, sino decidir qué comprensión de los compromisos constituyentes representa los intereses de todos. Si no es un tribunal, entonces nuestra pregunta original recobra toda su fuerza: ¿qué razón hay para pensar que ha de tener éxito ahí donde el Congreso fracasa? Y nótese que la respuesta es problemática, porque a pesar de ser un órgano legislativo la Corte Suprema tiene estructura de tribunal. Que tenga estructura de tribunal quiere decir que está organizado para hacer probable el desempeño de una función jurisdiccional, no legislativa. Y que no tiene las características que hacen probable el desempeño adecuado de una función legislativa. En atención a su función, en otras palabras, la Corte Suprema es un foro de justificación; pero su estructura es la de un foro de aplicación. Estructura y función (forma y sustancia) están en contradicción.

1. LA CONTRADICCIÓN, SU INESTABILIDAD Y SU SUPERACIÓN

Como hemos visto, el sentido de las estructuras del derecho es hacer probable el desempeño adecuado de una función, desempeño que es improbable en condiciones no mediadas por la estructura. La manera en que las estructuras median (= hacen probable) funciones es por la vía de identificar y neutralizar las causas de la improbabilidad. Por consiguiente, cuando estructura y función están en contradicción, las causas de la improbabilidad del desempeño adecuado de la función serán mal identificadas y la estructura tenderá a neutralizar lo que es irrelevante o, en el peor de los casos, lo que es funcional. La estructura hará más improbable, no más probable, el cumplimiento de la función.

De lo anterior se sigue que la contradicción es *inestable*, en tanto tiende a ser resuelta. Ya hemos encontrado, en el capítulo 11, un ejemplo de esto: la transformación del juez en activista que el neo-constitucionalismo fomenta, empuja a su transformación en comisario. Para explicarlo en los términos de este capítulo, podemos observar que el procedimiento legislativo es uno que incorpora el hecho de que nuestras decisiones son falibles; por consiguiente, el hecho de que se haya decidido legislativamente que *x* es el caso no implica que no pueda discutirse si *x* va efectivamente en el interés de todos. Esto es lo que significa la vieja idea de que la ley no obliga al legislador. Como la función del legislador es justificar normas en nuestras condiciones realmente existentes, las decisiones del legislador están siempre expuestas a la posibilidad de que lo que haya sido decidido no sea lo que efectivamente va en el interés de todos, por lo cual la deliberación pública no queda clausurada por el hecho de que el legislador ha decidido algo. Por eso, la configuración institucional del cuerpo legislativo no tiene como finalidad, ni siquiera secundaria, aislarlo de la deliberación pública, sino precisamente al contrario: mientras más impacto en las formas institucionales de deliberación (procedimiento legislativo) tengan las formas no institucionalizadas de deliberación (opinión pública), más probable será que las decisiones sobre cuáles han de ser nuestras normas identifiquen correctamente las normas que van en el interés de todos, o al menos que esas decisiones sean corregidas cuando fallan en identificar lo que va en el interés de todos.

La función jurisdiccional requiere, por su parte, una estructura que haga probable que las normas justificadas sean imparcialmente aplicadas. Esto exige proteger la posición del juez: en la medida que decide sobre la aplicación concreta de la ley, no hay razón alguna para entender que el juez debe estar expuesto a la presión de la opinión pública, y hay buenas razones para entender precisamente lo contrario. Esa exposición se justificaba, tratándose de las instituciones legislativas, porque el legislador debe decidir qué es lo que va en el interés de todos. Como el juez puede dar por decidida esa cuestión,

dejarlo expuesto a la presión de la opinión pública es hacer improbable que la decisión judicial sea una decisión de aplicación, y, por el contrario, hacer probable que decida declarando qué es lo que sirve, en las circunstancias, al interés de todos (usando, en otras palabras, el caso para avanzar los intereses del público). Eso implica tratar al caso particular como un medio para hacer esa declaración, ignorando el respeto por la dignidad de las partes. Para hacer probable una decisión sobre aplicación imparcial de normas, la configuración de la jurisdicción necesita crear un espacio institucional que excluya la apelación a lo que va en el interés de todos y a toda otra finalidad distinta de dar a cada uno lo suyo. «Independencia judicial» es el nombre que reciben genéricamente los dispositivos institucionales que cumplen esa finalidad.

De lo anterior se sigue que es poco probable que un órgano cuya función es jurisdiccional desempeñe adecuadamente su función sin independencia. La función jurisdiccional supone la decisión de un caso particular mediante la aplicación de normas propias de las partes. Si (como en el caso de un tribunal constitucional) no hay un caso particular ni normas cuya justificación pueda darse por sentada, la estructura judicial (independencia, inamovilidad, etc.) carece de sentido:

Una ley no es lo mismo que una sentencia judicial, ni una sentencia judicial es lo mismo que una ley, sino la decisión de un «caso» «sobre la base de una ley». La posición especial del juez en el Estado de derecho, su objetividad, su situación por encima de las partes, su independencia e inamovilidad, todo ello descansa sobre el hecho de que falla sobre la base de una ley, y su decisión se deriva en cuanto al contenido, de otra decisión definida y conmensurable, que se halla ya contenida en la ley [...]. Cuando el juez abandona el terreno en que realmente es posible una efectiva subsunción bajo normas generales y, como consecuencia, una sujeción concreta a la ley, deja de ser un juez independiente, sin que pueda aducirse en su descargo ninguna apariencia de judicialidad².

No es raro, por esto, que la estructura de un tribunal constitucional se aparte progresivamente de estructuras reconocibles como judiciales. El modelo europeo es explícito a este respecto, aunque el caso norteamericano es más interesante porque ahí esa transformación no ha sido el resultado de una decisión deliberada en tal sentido, sino de la evolución de las instituciones empujada por la presión adaptativa de un déficit de legitimación material, por lo que se aprecia mejor la manera en que la contradicción entre estructura y función es inestable, en tanto tiende a su resolución.

En el capítulo 11 fue necesario detenerse en la improbabilidad de la jurisdicción: el hecho de que es en general probable que órganos cuya justifica-

² SCHMITT, 1998b: 79, 53. Por eso, dice SCHMITT haciendo referencia a la juridificación del conflicto político y citando a GUIZOT, «en tales juridificaciones “la política no tiene nada que ganar, y la justicia puede perderlo todo”» (*ibid.*: 75).

ción es el ejercicio de la jurisdicción (*i. e.*, dar a cada uno lo suyo) tiendan a desarrollar funciones no jurisdiccionales, es decir, que tiendan a producir una auto-comprensión en la que su función no es dar a cada uno lo suyo sino obtener ciertas finalidades. Vimos entonces que la manera correcta de entender las reglas institucionales de los órganos judiciales exigía entender que ellas pretendían hacer probable la adjudicación, es decir, la decisión de un caso particular mirando solo a lo que conforme a la ley es lo suyo de cada parte.

Ahora bien, las causas de esa improbabilidad y la urgencia de su neutralización son, en parte, cuestiones contingentes, que pueden ser explicadas por referencia a peculiaridades locales. Esto quiere decir que la discusión sobre nuestras instituciones es, al menos en parte (en parte considerable, en todo caso), una discusión situada, es decir, una discusión que tiene como trasfondo un horizonte histórico y un proceso político que podrían haber sido distintos. Como lo vimos al hablar de la experiencia de los revolucionarios franceses, las instituciones no solo deben responder a los principios que las informan sino también a las condiciones en las que deben desempeñarse. Esas condiciones pueden dar a las instituciones una estabilidad que los principios no proveen (esa fue la observación, en el capítulo 3, sobre la estabilidad de las prácticas jurídicas europeas a pesar del neo-constitucionalismo). Esta forma de estabilidad (que podríamos llamar *fáctica* o *externa* para enfatizar que no es producida por las instituciones sino aprovechada por estas) es precaria, porque en la medida en que las instituciones alcanzan auto-conciencia, ella empieza a ser erosionada por los principios que ahora se han convertido en la auto-comprensión obvia de los miembros de la práctica. Como está dicho, todavía está por verse como se desarrollarán las prácticas europeas cuando sean auto-conscientemente neo-constitucionalistas —cuando la auto-comprensión de los profesionales del derecho entienda como verdad evidente que el legalismo heredado del positivismo del siglo XIX es una deformación de la razón jurídica—.

Los defensores del neo-constitucionalismo, sin embargo, suelen dar por sentada la estabilidad de la práctica jurídica. De hecho, la reflexión neo-constitucionalista sobre la relevancia de la constitución y de su aplicación judicial suele asumir que los estándares de racionalidad que habitualmente se imputan al procedimiento judicial, superiores al proceso político, se mantendrán constantes al hacer el proceso político objeto de pronunciamientos judiciales. Dicho de otro modo, que hacer judicialmente aplicable lo que ellos llaman «constitución» a controversias que constituyen el núcleo de la deliberación y el conflicto políticos implicará remover esas cuestiones, en la fórmula *dwor-kiniana* que hemos utilizado, del campo de batalla de la política del poder hacia el foro de los principios. Pero es irresponsable dar este supuesto por sentado: es también posible que el foro de los principios se transforme en un nuevo campo de batalla. Y la observación atenta de nuestras prácticas políti-

cas tiende al menos a dejar abierta esa posibilidad (yo diría algo más fuerte: a corroborarla): cada vez es más común entender a los integrantes de órganos llamados «tribunales constitucionales» como representantes de «sensibilidades políticas» y no como jueces.

Es especialmente importante, para intelectuales latinoamericanos, tomar estas consideraciones en cuenta. El problema histórico de Latinoamérica es el de la debilidad de sus instituciones. Esta inestabilidad institucional se manifiesta en el hecho de que la exigencia de legitimación procedimental del poder que es inmanente a las instituciones democráticas es frecuentemente ignorada por grupos dotados de poder económico o militar, que entonces suspenden la vigencia de esas instituciones. Ante la debilidad de su proceso político, muchos intelectuales latinoamericanos han vuelto la vista hacia un órgano como un tribunal constitucional, que estaría en posición de sujetar la irracionalidad del proceso político, en contextos de debilidad institucional, a la racionalidad superior del derecho, en otras palabras, de sujetar la política al derecho. Pero en buena medida esa es una pretensión fetichista, mágica, porque cree que las causas de la debilidad de las instituciones explícitamente políticas no afectarán a las instituciones llamadas «tribunales». Esto ignora el punto schmittiano de que lo que caracteriza a lo político no es su contenido ni su *locus* institucional sino la intensidad del conflicto³: donde sea que se tomen las decisiones respecto de los conflictos susceptibles de alcanzar los grados más intensos, hasta allá llegará lo político, reinterpretando las instituciones que pretenden impedirlo.

Como se explicó más arriba, el activista es un *free-rider* porque se aprovecha de una posición institucional (dotada de independencia, inamovilidad, etc.) que es incomprensible con su auto-comprensión. En la medida en que la del activista se hace la comprensión y auto-comprensión de la función judicial, *en esa misma medida* los tribunales tenderán a organizarse comisarialmente (ya formalmente, ya por la vía de desarrollar rutinas institucionales que respondan a esa forma de organización), porque esta, y no la judicial, es la forma organizacional coherente, dada dicha comprensión. Lo ya observado en el capítulo 11 sobre activistas y comisarios es aplicable aquí. Parte de lo que ha hecho irresistible la idea de un tribunal constitucional es el desencanto contemporáneo con las instituciones de representación política. Ese desencanto, en buena medida, está vinculado a la comprensión de la política como acción estratégica para avanzar intereses particulares (las consecuencias de esto están en el centro del argumento de la Tercera Parte). Esto lleva a entender el proceso político como un juego de suma-cero, en el que lo que una

³ En efecto, la distinción amigo/enemigo «ofrece una definición conceptual, entendida en el sentido de un criterio y no como una definición exhaustiva ni como una expresión de contenidos»; «Lo político [...] no indica a una esfera de acción en particular sino tan solo al grado de intensidad de una asociación o disociación de personas» (SCHMITT, 1998a: 15, 27).

facción gana lo pierde otra. La apelación a lo que va en el interés de todos, y no solo en el interés de una facción poderosa, deviene cada vez más vacía. Las formas institucionales de la discusión pública que descansan en la idea de deliberación sobre intereses comunes como algo opuesto a la negociación de intereses particulares dan a veces

la impresión de ser un decorado superfluo, inútil e incluso, vergonzoso, como si alguien hubiera pintado con llamas rojas los radiadores de una moderna calefacción central para evocar la ilusión de un vivo fuego (SCHMITT, 1990: 9).

Ahora bien, como DWORKIN sostenía, es precisamente este déficit el que la jurisdicción constitucional promete compensar: eso es lo que quiere decir que sea un «foro de principios». Pero esto supone, de modo notoriamente implausible, que la racionalidad de principios del proceso jurisdiccional es independiente de la función que desempeña (*i. e.* de sus formas de discurso). El fetichismo del neo-constitucionalismo, aludido más arriba, es reducible a la incoherente creencia de que «jurisdicción» es una clase nominal (basta que algo tenga estructura de tribunal para que ejerza jurisdicción) pero que su operación está, *por su propia naturaleza*, sujeta a estándares de racionalidad más altos que los del proceso político. ¡Pero las clases nominales no tienen naturaleza!

Aquí es útil recordar que el creador del «modelo europeo» de tribunal constitucional, Hans Kelsen, notaba esta contradicción entre estructura y función, por lo que sugería adecuar la función del tribunal a su estructura. Para lograrlo recomendaba restringir su competencia a las normas constitucionales que fueran susceptibles de aplicación imparcial:

Si se desea restringir el poder de los tribunales, y con ello el carácter político de su función [...] entonces debe limitarse lo más posible el espacio de la *libre discrecionalidad* que las leyes conceden en su aplicación. Entonces, las normas constitucionales a disposición de un tribunal constitucional para su aplicación, en especial aquellas con las que se establece el contenido de las futuras leyes, como las determinaciones de los derechos fundamentales y otros semejantes, no deben ser formuladas en términos demasiado generales, no deben emplear terminología difusa, como «libertad», «igualdad», «justicia», etc. De lo contrario, existe el peligro de un *desplazamiento del poder* del parlamento, no previsto por la constitución, y desde el punto de vista político, sumamente inoportuno, hacia una instancia ajena a él (KELSEN, 1935: 33).

No hay que pasar por alto que lo que Kelsen aquí dice no es que *la constitución* no debe ser formulada en «términos demasiado generales» (la manera «pura» de caracterizar un concepto polémico, porque hemos visto que desde esta óptica la única manera de explicar la polemicidad de los conceptos constitucionales es apelando a su especial «vaguedad»). Lo que a Kelsen le importaba es que no estuvieran expresadas en ese lenguaje *las normas constitucionales a disposición de un tribunal constitucional para su aplicación*. Su

observación no era sobre el lenguaje que la constitución debía o no utilizar, sino sobre el lenguaje de las normas que serían jurisdiccionalmente aplicadas. Pero ya hemos visto que la plasticidad del lenguaje constitucional se explica no por ser lenguaje (afectado entonces por la textura abierta), sino por ser constitucional.

2. LA BATALLA POR EL CONTROL DEL FORO DE LOS PRINCIPIOS

En 2004 Ronald DWORKIN, respondiendo a la pregunta formulada por los editores de *The New York Review of Books* acerca de la importancia de la elección presidencial de ese año en Estados Unidos, sostuvo que la reelección de George W. Bush le permitiría «llenar los tribunales federales de jueces reaccionarios», lo que era grave porque

una Corte [dominada por jueces nombrados por] Bush tendría probablemente un generación completa para destruir derechos constitucionales que la Corte Suprema ha construido a través de décadas, derechos que han contribuido a definir el significado de los valores públicos de los americanos. Incluso si reco-bráramos el sentido después de un segundo periodo de Bush, ese daño terrible habría sido ya causado y no podría ser reparado (DWORKIN, 2004a).

Y lo mismo decía en 2008:

Los conservadores han trabajado durante décadas para capturar la Corte Suprema con una mayoría invulnerable que defendería, en cada caso, sus ortodoxias culturales, económicas y religiosas. Hasta ahora no han logrado este objetivo [...]. Si McCain gana, sin embargo [su] primer nombramiento crearía una mayoría conservadora imparable, sólida como una roca, por una generación o más (DWORKIN, 2008a).

Ahora bien, no es que en 2004 o 2008 haya ocurrido algo especial que explique la importancia de las nominaciones a la Corte Suprema. En 2012 DWORKIN sostenía que

cada cuatro años liberales y conservadores declaran la elección venidera la más importante en décadas. Y cada cuatro años, en los años recientes, han estado en lo correcto (DWORKIN, 2012b).

DWORKIN se manifestaba especialmente frustrado porque, a pesar de lo fundamental de la cuestión en juego, esta dimensión de la elección presidencial era usualmente ignorada:

Es [...] lamentable que el público general muestre tan poco interés en la Corte Suprema y que en consecuencia la campaña de Obama mencione escasamente este asunto. Parece imposible interesar al público en esta cuestión (DWORKIN, 2012b).

¿Por qué esta situación? DWORKIN sugiere que mientras los conservadores trabajaban con determinación para «capturar» la Corte, los liberales ignoraban el asunto, o no le dieron mayor importancia:

Estamos en este deprimente estado porque los movimientos políticos de derecha tuvieron éxito en hacer la cuestión de los nombramientos a la Corte Suprema un asunto de importancia cardinal para sus electores, mientras otros votantes tomaron esos nombramientos con indiferencia. ¿Podemos cambiar esta disparidad de atención? Los deplorables nombramientos de Bush [...] constituyen una oportunidad para que los demócratas hagan de la justicia constitucional un asunto político en las elecciones de 2008 (DWORKIN, 2008b: xii-xiii).

Una de las razones que en 2012 explicaba esto, especulaba DWORKIN, es la «sorpresiva decisión del Chief Justice Roberts de apoyar, aparentemente en el último minuto, la *Affordable Care Act* del Presidente Obama». En efecto,

si [Roberts] se hubiera unido a los otros cuatro jueces de derecha para invalidar esa ley, Obama habría muy probablemente hecho campaña en contra de esa decisión, y quizá hubiera hecho del poder y la política de la Corte el tema que debería ser. Presumiblemente era esto lo que Roberts quería evitar (DWORKIN, 2012b).

Pareciera que la derecha entendió antes que la izquierda que la pretensión de que la Corte Suprema fuera un foro de principios era imposible. Si eso ha de enseñarnos algo, no es que las pretensiones racionalizadoras del derecho son solo promesas para ingenuos, sino que esa pretensión tiene condiciones, y el neo-constitucionalismo las desconoce. La primera condición es la que la lectura moral niega derechamente: que tratándose de la constitución es en principio posible distinguir interpretación jurídica de convicción política, aun cuando la primera sea «sensible» a la segunda. La segunda condición es que las cuestiones a ser decididas en ese foro han de ser casos genuinamente particulares, y no excusas para hacer pronunciamientos abstractos. Si, por ejemplo, de las decisiones de la Corte Suprema depende «el carácter y valor futuro de la educación en Estados Unidos» (DWORKIN, 2008b: 59), es ingenuo y fetichista pensar que las patologías que afectan al Congreso no van a afectar a la Corte Suprema.

Pero hay dos comentarios adicionales a estas observaciones de DWORKIN. El primero apunta a lo que uno podría llamar el «anti-Ulises»: la ironía de que el problema que identifica DWORKIN es que el pueblo en momentos de irracionalidad colectiva se está atando para que las decisiones irracionales que tome en esos momentos mantengan su vigencia cuando el pueblo «haya recobrado el sentido». Y el segundo parte precisamente de aquí: ¿por qué no será posible reparar el daño causado por una corte bushista cuando los norteamericanos hayan recobrado el sentido? La respuesta es que el régimen institucional de la potestad ejercida por la Corte Suprema está fijado por el supuesto de que ella aplica normas justificadas a casos particulares, y no decide cuestiones

políticas fundamentales (no depende de ella, de nuevo, el carácter y el valor de la educación en Estados Unidos). Solo ese supuesto puede justificar la independencia de los miembros de la Corte (el hecho de que el sucesor de Bush no pueda simplemente reemplazarlos, y que una nueva Corte no pueda simplemente «dcrogar» decisiones que no son de su agrado) y que sus decisiones sean inmunes a las decisiones legislativas. El hecho de que las decisiones de la Corte estén aisladas del proceso político se justifica porque como son decisiones jurisdiccionales (es decir, decisiones que dan a cada parte lo que es suyo de acuerdo a normas ya justificadas), no son aptas para causar un impacto considerable a una práctica política, al menos no un impacto imposible de reparar por el pueblo a través de la acción política. A mi juicio, esto es parte de la explicación para la pregunta en la que DWORKIN insistía con tanta frustración: ¿cómo es que, si son tan extraordinariamente decisivas, las designaciones a la Corte Suprema no son tema central del debate político de las campañas presidenciales? En principio, las decisiones de un tribunal no son cuestiones discutidas políticamente, porque que algo sea un tribunal implica una expectativa de que será inmune a la discusión y presión política. Las discusiones del Congreso o del Presidente son públicas porque pretenden afectar el contenido de las decisiones. Pero la idea de adjudicación implica que los jueces son jueces, no comisarios, por lo que la pretensión de lograr una mayoría sólida en la Corte definida por su adhesión partisana es una pretensión objetable. Esto es claro en la manera en que DWORKIN describe la situación: la derecha ha tratado por décadas de «capturar» la Corte Suprema. Uno no diría que un partido, cuando presenta candidatos a una elección parlamentaria, está tratando de «capturar» al Congreso. Hablar del esfuerzo conservador de lograr jueces afines como un intento de «capturar» a la Corte es una manera de mostrar que la Corte Suprema ha devenido, en los hechos, una parcela más del *battleground of power politics*, en el que la *Affordable Care Act* es votada a favor no sobre la base de principios, sino porque de ese modo la revolución «jacobina en su desprecio por la tradición y el precedente» (DWORKIN, 2008b: 47) que la Corte Suprema está llevando a cabo puede continuar su curso, ante la indiferencia del público.

Dicho de otro modo: la razón por la que una Corte Suprema bushista podría causar el daño que DWORKIN teme es que sería una corte que tomaría decisiones que serían legislativas en cuanto a su tipo (función), pero serán institucionalmente tratadas como si fueran *cualitativamente diferentes*: como decisiones judiciales. Es esta contradicción la que requiere ser solucionada. Y DWORKIN tiene sugerencias al respecto:

Yo recomendaría el siguiente cambio: debemos modificar la constitución para crear una limitación al tiempo que puede servir un miembro de la Corte Suprema, quizás de quince años. Sé que algunos de nuestros jueces más destacados prestaron servicios por un tiempo superior, y entiendo que en la adjudicación, como en tantas otras cosas, la experiencia cuenta y la práctica puede hacer perfecto. También entiendo que retiros planificados permitirían a las

partes tomar decisiones estratégicas respecto de los pasos a seguir en un litigio que puede llegar a la Corte Suprema. A pesar de todo esto, creo que los peligros de jueces ideológicos que se desempeñen por muchos años son demasiado grandes para que continuemos corriendo el riesgo (DWORKIN, 2006a: 158).

Pero, claro, este es un camino que cuestiona la idea misma de jurisdicción constitucional. Pasemos por alto la idea de que los «jueces ideológicos» son un peligro (como si pudiera haber otros jueces, dada la lectura moral). Como el activista es un *free-rider*, solo puede ser excepcional. Cuando se generaliza, la institución deviene dis-funcional. Esto es lo que DWORKIN ha notado que ha ocurrido con las designaciones conservadoras a la Corte Suprema de las últimas tres décadas. Y la idea que sugiere (improbable como es de ser exitosa, ante una derecha triunfalista por haberse hecho del «foro de principios» que le fue por tanto tiempo esquivo), aunque parece marginal y moderada, busca asegurar que los jueces de la Corte Suprema estén en sintonía con la opinión pública, lo que a su vez implica una tendencia a asimilar la Corte Suprema a los órganos comisarialmente estructurados.

La forma tradicional de organización de las potestades democráticas es más sensata: en la medida en que son decisiones propiamente políticas, aptas para causar un impacto profundo en el modo de vida de los ciudadanos, esas decisiones son legislativas y por eso no pueden mantener autoridad una vez que la fuerza política que las sostenía ha perdido vigencia. El significado político del hecho de que la fuerza política que las mantenía haya perdido vigencia, es que hoy los ciudadanos creen que esas decisiones tomadas en el pasado, bajo una correlación diversa de fuerzas, ya no representa el interés de todos —o quizás nunca lo hizo—. En la medida en que son decisiones sobre aplicación del derecho a casos particulares, es decir, son decisiones que declaran qué es lo suyo de cada uno por referencia a decisiones abstractas que han sido tomadas «políticamente», ellas no son (normalmente) aptas para redefinir dramáticamente los términos de la vida en comunidad entre ciudadanos, pero tienen una estabilidad que se independiza de la correlación de fuerzas que se obtenía en el órgano que la tomó porque es probable que ellas no reflejen dicha correlación de fuerzas, sino la razón del derecho.

La constatación de esta contradicción lleva a intentar disolverla, ya insistiendo en reducir la competencia del tribunal constitucional a cuestiones «estrictamente jurídicas», ya abogando porque el régimen de la Corte Suprema se asimile al de los órganos explícitamente políticos. La primera vía supone introducir la diferencia entre derecho y la política, entre hermenéutica constitucional y programas políticos posibles. Hemos visto la manera en que Hans KELSEN creía que podría lograrse ese efecto: excluir de las normas constitucionales aplicables por el tribunal las que usaran «terminología difusa», al modo de encomendarle solo las normas susceptibles de ser imparcialmente aplicadas. Otra manera, muy popular en la derecha norteamericana (al menos

antes de que ganara en el campo de batalla de la política del poder control sobre el foro de los principios) era lo que suele denominarse «originalismo»⁴. Pero aunque ambas soluciones disminuirían la contradicción entre función y estructura en alguna medida, ellas son problemáticas por otra razón: porque niegan la lectura moral, y de ese modo niegan el sentido democrático de la idea de constitución. Como esta primera vía de solución de la contradicción no es hoy viable, la segunda se hace inevitable. Los signos de que esto está ocurriendo bajo nuestras narices son clarísimos. Así, es poco probable que hoy un presidente norteamericano que ha de nominar a alguien a la Corte Suprema no tenga presente el lamento de Eisenhower, que reconocía dos errores en su administración, «y ambos están en la Corte Suprema»⁵. ¿Cómo evitar repetir este error? La solución es relativamente simple: es nominar «jueces» solo a quienes puedan superar un exigente análisis de fidelidad comisarial a la «filosofía interpretativa» del presidente que les nombra, una fidelidad que pueda garantizar por décadas que esa «filosofía interpretativa» se mantendrá estable. Pero es evidente que un cuerpo compuesto por individuos capaces de asegurar esa lealtad no es el mejor dotado para constituir un auténtico foro de principios, donde prime la coacción racional del mejor argumento. Y por eso no es raro, sino exactamente lo que ha de esperarse una vez consumada la transformación del activista en comisario, que los «jueces» de la Corte Suprema norteamericana formen una «falange» comisarial: «Alito, Roberts, Scalia y Thomas *are judges on a mission*» (DWORKIN, 2008b: xii).

⁴ Véase, entre tantos otros: WOLFE, 1986 y BORK, 1990.

⁵ No importa aquí si la atribución de esta frase es real, porque, aun si no lo es, lo que ella expresa es claramente real. Sobre la atribución, véase EISLER, 2005: 158.