

Ni política ni justicia: sobre los déficits de nuestro sistema institucional

Roberto Gargarella(*)

El Poder Judicial es una parte fundamental de nuestro sistema institucional, pero sólo una parte. Un análisis crítico sobre él no debiera descuidar este dato: muchos de los defectos y virtudes del Poder Judicial se reconocen sólo (o de mejor modo) a la luz de un examen del sistema de organización institucional en el que se inserta. Del mismo modo, podría decirse que es ingenuo ofrecer propuestas de reforma judicial sin considerar los vínculos existentes entre la rama judicial y los poderes políticos. En este trabajo, examinaremos críticamente los fundamentos de nuestro sistema institucional con la expectativa de lograr, entre otros objetivos, un mejor entendimiento del lugar que ocupa el Poder Judicial y de los problemas que le son propios.

Según veremos, el sistema político representativo¹ padece de graves problemas estructurales¹, que ayudan a explicar el creciente desencanto que expresa la ciudadanía en relación con las autoridades políticas y judiciales. En nuestra opinión, las causas de dicho desencanto son variadas, pero tres de ellas merecen destacarse muy especialmente. Nos referimos a la sociología política, los presupuestos epistémicos y la concepción de la democracia que informan a nuestro sistema institucional. A continuación, analizaremos cada una de estas cuestiones, poniendo especial atención en su incidencia sobre la rama judicial.

La sociología política del sistema representativo

En los orígenes del constitucionalismo, era común describir a la sociedad dividiéndola en pocos y bien definidos grupos con intereses claramente divergentes entre sí y con una composición interna homogénea. Este modo de pensar la sociedad influyó particularmente en la llamada *Constitución mixta* inglesa, que procuró situar a los distintos órdenes de la sociedad en un mismo ordenamiento político. Con esa pretensión, se hizo un esfuerzo especial para que la realeza, la aristocracia y el pueblo contaran con un espacio institucional formal donde sus representantes cuidaran directamente de sus intereses. Esta postura, enormemente influyente desde entonces, presumía que ninguno de esos grupos custodiaría adecuadamente los intereses de los demás. Asimismo, consideraba que los representantes de cada grupo, actuando de un modo egoísta, se protegerían a sí mismos; con lo cual, protegerían también los intereses de sus pares (ello implicaba suponer una fuerte homogeneidad de intereses entre los miembros de cada uno de los tres grupos mencionados). La visión dominante entre los sectores privilegiados era, así, la de una sociedad exageradamente simple (en cuanto a sus divisiones elementales) y fundamentalmente homogénea (dada la radical uniformidad que se asumía al interior de cada uno de estos grupos). Desde esta simplificada sociología política, el sistema representativo elaborado resultaba atractivo; ya que prometía dar cabida a *toda* la sociedad, a partir de la selección de unos pocos miembros de cada uno de los pocos grupos en que se consideraba dividida la sociedad. Tal sistema auguraba, entonces, un horizonte de *plena* representación.

En los orígenes de los Estados Unidos como nación independiente, la sola mención del ejemplo de la *Constitución mixta* inglesa causaba escalofríos a sus ciudadanos, como todo lo que tuviera que ver con el país del cual habían dependido políticamente. Casi todos los convencionales constituyentes norteamericanos se cuidaron mucho de mencionar el caso inglés, aun en las sesiones secretas de la convención. A pesar de ello, el ejemplo de la Constitución mixta inglesa aparecía frecuentemente en la imaginación de los constituyentes. De allí que, más allá de las abiertas críticas que recibiera, terminó imprimiendo su huella en la Constitución estadounidense.

Partiendo de supuestos similares a los de sus colegas ingleses, James Madison y Alexander Hamilton, entre tantos otros, hicieron explícita, cada vez que pudieron, su certeza de que la sociedad norteamericana era, también, una sociedad fundamentalmente homogénea, y *quebrada* (en este caso) en dos secciones principales: el grupo de los propietarios, y el de los no-propietarios. Madison se refirió a tales sectores de distintos modos. Habló de *acreedores* y *deudores*, de *ricos* y *pobres*, de *mercaderes* y *granjeros*; de *mayoría* y *minoría*². En su opinión, una buena Constitución debía ocuparse de dar cabida a ambas facciones para impedir que alguna de ellas, actuando por sí misma, oprimiera a la que resultase desplazada. Puestos en el gobierno, los propietarios sabrían cuidar de sus intereses, y lo mismo sabrían hacer los no-propietarios, desde el lugar institucional que se les reservaba.

Nuevamente, detrás de una influyente propuesta acerca de cómo organizar el sistema representativo, latía una lectura simplificada

de la sociedad. En este momento no importa si esta pobre sociología política era, para los parámetros de su época, aceptable o no. Sabemos, sí, que ella no era afirmada universalmente siquiera dentro de la entonces clase dominante³. De todos modos, lo que interesa señalar es que instituciones como las adoptadas entonces -y, en buena medida, aún vigentes- se basaron en una imagen de la sociedad muy diferente de la que hoy tenemos de las nuestras. En efecto -más allá de las significativas diferencias que actualmente separan a las sociedades más ricas de las más pobres-, hoy todos tendemos a describir la comunidad en la que vivimos como marcada por lo que J. Rawls llamaría el *hecho del pluralismo* (multiplicidad de grupos diferentes con concepciones de vida diferentes), con lo cual hacemos referencia a sociedades complejas. Para estas sociedades plurales, el esquema representativo ideado a fines del siglo XVIII, resulta demasiado estrecho, un corset incapaz de abarcar la tremenda diversidad social existente. En este sentido, podría decirse, el sistema institucional aparece -contrariamente a lo que se pretendió en su momento fundacional- como *estructuralmente incapaz de dar cabida a toda la sociedad*. Esto quiere decir que, aun teniendo representantes honestos y motivados por una fuerte *empatía* hacia los múltiples grupos sociales existentes, resultaría básicamente imposible *incorporar* y, finalmente, representar a *toda* la sociedad, satisfaciendo la promesa original de los *padres* del constitucionalismo. Afirmar esto, no supone acordar con la plausibilidad de aquella promesa. Sólo pretendemos decir que el sistema representativo nació prometiéndonos algo que hoy no se encuentra en condiciones de cumplir. Si asumiéramos -como los *padres fundadores* parecían hacerlo- que no hay mejor defensor de los intereses de un cierto grupo que sus propio integrantes actuando desde el poder, entonces, deberíamos concluir en que nuestro esquema institucional ha sido, simplemente, desbordado por la creciente complejidad propia de las sociedades modernas. Se ha alimentado nuestra ilusión de una *representación plena*, pero se han erosionado las bases que alguna vez (y conforme a una mirada optimista o ingenua) pudieron hacerla realidad. Reconociendo estos hechos encontramos, entonces, una primera explicación de los actuales déficits del sistema representativo.

Llegados a este punto, conviene analizar la incidencia de los mencionados supuestos en la esfera judicial. Al respecto, conviene destacar que muchos de los que pensaron al sistema representativo en paralelo con la composición social de comunidad, consideraron que la rama judicial venía a cumplir la tarea clave de garantizar la protección de los derechos minoritarios (o, más bien, como veremos, los derechos de una cierta minoría social). Una condición fundamental para cumplir con ese ideal era la composición misma de los órganos judiciales. El Poder Judicial -se asumía- estaría en buena medida compuesto por representantes de una peculiar minoría social (¿quiénes sino los representantes de una pequeñísima minoría podrían acceder a un cargo que requería largos estudios universitarios, además del éxito en una elección en la que, normalmente, el pueblo no intervenía?). Este solo hecho hacía posible pensar en la concreción del objetivo enunciado: se entendía que, finalmente, y dada su composición, el Poder Judicial se constituiría en una sólida barrera protectora de los derechos de las minorías. Resultaba claro que si la enorme mayoría de los jueces era parte de la minoría social (en este caso, la minoría de los *rich and well born* de la que hablaban los constituyentes norteamericanos), era dable esperar que los intereses de los *rich and well born* contaran con la protección de las decisiones judiciales. Esta ecuación, absolutamente evidente para muchos de los primeros que reflexionaron sobre la organización y objetivos del Poder Judicial, resulta -a nuestros ojos- ininteligible. Hoy sabemos que, aunque los jueces siguen siendo mayoritariamente reclutados de las clases más acomodadas de la sociedad, hay una multitud de otros jueces que provienen de sectores de menores recursos. Del mismo modo, cuando hablamos de *minorías*, ya no aludimos (como Hamilton o Madison solían hacerlo) a un único grupo social (el económicamente más favorecido de la sociedad). Más bien, utilizamos la idea de *minorías* para abarcar a grupos absolutamente disímiles y, en general, socialmente poco favorecidos (los inmigrantes, las minorías religiosas, los homosexuales). El resultado de este cambio de perspectivas es muy curioso: aún hoy, muchos juristas ven al Poder Judicial como el protector de los derechos minoritarios. Esta certeza -que en algún momento pudo tener visos de realidad- resulta hoy incomprensible. Mantenemos, así, una esperanza por completo infundada; no porque no pueda haber jueces dedicados a proteger a los más desaventajados, sino porque ya no existe la apoyatura social que le daba alguna verosimilitud a dicho ideal. El sistema institucional es obviamente incapaz de garantizar la protección judicial del sector minoritario que, en un momento, aparentemente aseguraba. Restaurar dicho ideal requeriría modificar profundamente la estructura judicial. En efecto sí, tal como pensaban Madison o Hamilton, una condición necesaria para proteger judicialmente a un grupo es que miembros de ese grupo integren el Poder Judicial, luego -para garantizar la efectiva protección de las minorías- deberíamos pensar hoy en la integración de una enorme diversidad de minorías en la estructura de la justicia. Este reclamo -en apariencia muy extraño- es, de hecho, sostenido cotidianamente por muchos de nosotros cuando pedimos se designe en la Corte Suprema por lo menos a alguna mujer y/o a algunos miembros provenientes de los principales grupos raciales de la sociedad. Por supuesto que este tipo de propuestas son objeto de infinidad de objeciones, pero lo cierto es que nuestra ignorancia de tales reclamos nos enfrenta a situaciones tanto o más gravosas que las anteriores.

Conforme a lo examinado hasta aquí, podríamos decir que nuestro sistema institucional nació con la promesa de representar a *toda* la comunidad, y con la promesa adicional de asegurar una protección especial para los grupos más débiles. Sin embargo, hoy por hoy, se muestra incapaz de responder satisfactoriamente a tales compromisos.

Los presupuestos epistémicos del sistema representativo

Hemos sostenido que, aun contando con el mejor elenco de representantes, el sistema institucional adoptado en una multiplicidad de democracias modernas haría muy difícil la representación de las distintas demandas presentes en la sociedad, muchas de las cuales no tendrían la adecuada oportunidad de ser institucionalmente reconocidas y procesadas. La principal razón de este esperable resultado es, según dijéramos, la incapacidad estructural de nuestras instituciones para dar cabida a los diversos intereses sociales existentes. Este déficit se origina en una descripción simplificada de la composición de la sociedad. Examinaremos ahora otros factores que nos ayudarán a entender mejor las dificultades que actualmente encontramos para acceder a nuestros representantes, presentarles nuestras demandas y exigirles rectificaciones sobre la orientación de sus decisiones.

En primer lugar, cabe señalar que la distancia que hoy suele caracterizar la relación representantes-representados es menos un

resultado atribuible a una mala camada de políticos que un producto buscado por los creadores del sistema representativo. Afirmar esto no implica, en absoluto, suscribir alguna tesis conspirativa. Lo que quiere resaltarse es que la significativa independencia de la clase dirigente tiene que ver con una opción política consciente, basada en la certeza de que sólo de ese modo podrían obtenerse decisiones políticas adecuadas y finalmente imparciales.

Entre las diversas razones que pretendían sostener dicha opción institucional, destacaremos dos. En primer lugar, era habitual sostener que, cuanto mayores fueran los vínculos entre representantes y representados, mayores serían los riesgos de que los últimos actuasen movidos por *meros intereses locales*. Esto es, si los votantes tenían un alto grado de control sobre sus representantes, era de esperar que les reclamasen por la satisfacción de sus intereses particulares, aún en desmedro de los intereses del conjunto. Este es el tipo de argumentos que presentó Edmund Burke, en su famoso discurso de Bristol (1776) para rechazar los reclamos de su opositor, el radical Cruger, que demandaba el derecho de los ciudadanos a *instruir* estrictamente a sus representantes. Burke rechazó esta iniciativa al entender que llevaba a la dirigencia a actuar de un modo ciego, en favor de los intereses parciales de sus electores, despreocupándose de los intereses del conjunto o de los intereses nacionales. De forma más relevante, Burke y muchos de sus seguidores parecieron asumir que el activismo mayoritario era negativo por otro tipo de razones, más profundas: las mayorías -pensaban- tendían a actuar apresurada y apasionadamente. Según Madison, en los cuerpos mayoritarios, el *centro de la razón* era habitualmente arrebatado por la mera pasión. En el Nº 58 de *El Federalista*, Madison pareció convertir este criterio en una ley de la política al sostener que *cuanto más numerosa es una asamblea, cualquiera sea el modo en que ella esté compuesta, mayor tiende a ser la ascendencia de la pasión sobre la razón*. La idea de las asambleas guiadas por la pasión ocupó el primer lugar en las explicaciones dadas por los convencionales norteamericanos a la hora de justificar los *recortes* impuestos a la relación entre electores y elegidos. El mismo tipo de presupuestos que habían fundado en Inglaterra el paulatino alargamiento de los mandatos (a través de las llamadas *triennial law* y *septennial law*) era retomado en Estados Unidos para suprimir las (en algún momento comunes) *asambleas comunales* o *town meetings*; romper el principio de las elecciones anuales; evitar la incorporación constitucional de los derechos de dictar *instrucciones* y *revocar* los mandatos de los representantes. En Latinoamérica se llegaría aún más lejos: si en Estados Unidos hubo, al menos, un sector dirigente que combatió para fortalecer los lazos de los ciudadanos con los representantes⁴, en esta región ese sector pareció inexistir. Liberales y conservadores (los grupos que en la enorme mayoría de los países latinoamericanos redactaron los primeros documentos constitucionales) coincidían en la necesidad de recortar los poderes de la ciudadanía y reafirmar la capacidad de la dirigencia para actuar a partir de su sola voluntad. Como resultado de dicha actitud, fue muy habitual que las primeras constituciones de la región -en muchos casos aún vigentes- copiaran fielmente el modelo norteamericano, pero fortaleciendo de un modo extraordinario los poderes del Ejecutivo para actuar más o menos discrecionalmente en tiempos de crisis política⁵.

Estos ejemplos dejan entrever lo que podríamos llamar *presupuestos epistémicos* del sistema representativo. Conforme a ellos -que remiten a un *elitismo epistémico* que hoy resultaría, por lo menos, muy difícil de defender públicamente- la imparcialidad política requería alejar el proceso de toma de decisiones del control mayoritario, para depositarlo en las manos de unos pocos funcionarios, bien elegidos y -en el mejor de los casos- técnicamente bien formados. Para lograr dicho objetivo se proponía impedir que los representantes quedasen sujetos a los reclamos de los sectores sociales mayoritarios (limitando, por ejemplo, herramientas de control tales como la revocatoria de mandatos); reducir el peso de las asambleas populares y limitar a su mínima expresión el número de miembros de los cuerpos representativos.

De este modo, el sistema representativo apareció como un esquema deseable -una primera y valiosa opción- y no, tal como muchos tendían a verlo, como un mero *segundo mejor* o un *mal necesario* ante la imposibilidad de consagrar el *gobierno del pueblo y por el pueblo*. En este esquema que reservaba el poder decisorio de la comunidad a un grupo pequeño y relativamente aislado de representantes, ninguna institución resultó más emblemática que el Poder Judicial. En los Estados Unidos (tal como ocurriría luego en casi todos los países latinoamericanos y bastante después en los europeos), dicho poder pasó a tener la *última palabra* institucional, a partir de su capacidad para controlar la constitucionalidad de las leyes elaboradas por los representantes. Así, se concretaba la máxima aspiración del conservadurismo político: expropiar a los órganos representativos el poder de decisión *final*, y depositarlo en un órgano fuertemente aislado de la ciudadanía (en tanto, sus miembros no eran elegidos ni removidos popularmente, sobre todo en las instancias judiciales superiores), compuesto por miembros *ilustrados* (bien formados técnicamente) y capaces de decidir sin el riesgo de la mínima sanción popular (un riesgo que, aunque muy periódicamente, seguía *limitando* los márgenes de maniobra de los representantes políticos). La posibilidad de hacer real el ideal del *gobierno del pueblo, por el pueblo* parecía disolverse entonces de un modo irreparable: ahora se tornaba posible un escenario en donde la enorme mayoría (parlamentaria y extraparlamentaria) reclamaba por la obtención de un determinado objetivo, y un cuerpo ajeno a tal mayoría y libre del control de la misma era capaz de negar con carácter definitivo tal reclamo, retirándolo del tablero de las decisiones políticas posibles.

Por supuesto, muchos de nosotros podríamos sentirnos inclinados a favorecer el definitivo predominio judicial, si -por dar un ejemplo extremo- una mayoría racista exigiese medidas contrarias a los derechos de alguna minoría sin poder. Pero esta dramática posibilidad no debe hacernos perder de vista qué herramientas escogemos para enfrentarla. La herramienta del control judicial, tal como hoy la conocemos, sirve -entre otras cosas- para quitar a la mayoría su legítimo poder para decidir sobre una diversidad de cuestiones públicas. Entonces, el precio que se nos exige pagar por la protección de ciertos derechos individuales, resulta exageradamente alto. Mucho más, cuando tampoco tenemos garantías de que un Poder Judicial así organizado (un Poder Judicial, al decir de Alexander Bickel, *contra-mayoritario*) constituya -a la vez- una efectiva barrera para un potencial despotismo mayoritario y una defensa para los grupos débiles de la sociedad⁶.

Concepción de la democracia y frenos y contrapesos

En la sección anterior nos referimos a la (buscada) distancia que hoy distingue la relación entre representantes y representados, y que lleva a muchos a considerar que tal relación se encuentra en *crisis*, o directamente rota. En lo que sigue, focalizaremos nuestra atención en un nuevo y muy serio problema que afecta al sistema representativo, y que contribuye a debilitar aún más la confianza ciudadana en la calidad del sistema político. Tal problema se vincula con lo que podríamos denominar el *motor* principal de muchos de los sistemas representativos actualmente conocidos: el esquema de *equilibrio de poderes* o -como se lo denominó en Estados Unidos- de *frenos y contrapesos*. Según este esquema, las distintas ramas del poder no deben estar rígidamente separadas. Por el contrario, deben vincularse unas con otras y sus funciones deben estar parcialmente superpuestas. La idea que anima a esta propuesta es la de impedir los excesos o abusos de un poder sobre el otro, garantizándole a cada uno un *poder defensivo* con el cual limitar los posibles (y previsibles) *avances* de los demás. Con ese objetivo, se creó la institución del *veto presidencial*; se habilitó al Congreso para *insistir* sobre los vetos del Ejecutivo; se dividió al Legislativo en dos (otorgándosele a cada Cámara la facultad de *resistir* las iniciativas de la otra); se facultó a los jueces para controlar la constitucionalidad de las leyes; y se previeron mecanismos cruzados de juicio político.

El sistema de los *mutuos controles* acompañaba al ya examinado presupuesto de que el sistema político *incorporaba* a toda la sociedad. Recién cuando combinamos ambos elementos podemos conocer el propósito básico de esta maquinaria institucional. La idea era la siguiente: dado que los sectores *mayoritario* y *minoritario* de la sociedad tenían asegurado un lugar institucional propio⁷, los mutuos controles forzaban a cada grupo a negociar sus iniciativas con el grupo opuesto. El sistema de equilibrio de poderes contribuía así al equilibrio social, en tanto ningún grupo podía imponer, simplemente, su voluntad sobre el contrario. Alexander Hamilton defendió abiertamente este modo de pensar. En su opinión, si las nuevas instituciones permitían que la mayoría controlara el poder político, ella oprimiría irremediablemente a la minoría. Del mismo modo, si las instituciones facilitaban las riendas del poder al grupo minoritario, éste también oprimiría irremediablemente al grupo opositor. A partir de tales criterios, la conclusión de Hamilton parecía obvia: era necesario darle poder institucional a ambos sectores sociales (y no sólo a uno de ellos) para evitar el riesgo de las opresiones mutuas⁸.

A primera vista, iniciativas como la examinada resultan muy atractivas; pues muestran una especialísima preocupación por evitar la opresión (el riesgo de la *tiranía* de una parte de la sociedad sobre otra), buscan forzar a los distintos sectores sociales para que acuerden entre sí y otorgan fuertes incentivos institucionales para asegurar que cada ley sea el producto final de *toda* la sociedad. Todo ello parece irreprochable, a menos que tomemos en serio la pregunta acerca de qué concepto de la democracia anima a propuestas como la citada. Es ahí cuando advertimos que, modelos como el de la *Constitución mixta* o (a pesar de sus diferencias) el de los *frenos y contrapesos* responden a una postura que puede catalogarse como muy poco atractiva desde el punto de vista de la teoría democrática.

En efecto, apenas examinamos los presupuestos de posturas como la anterior, advertimos que ella expresa una concepción empobrecida de la democracia que le fija a esta última el reducido objetivo de evitar las mutuas opresiones. Así, la democracia tiene un sentido más defensivo que creativo, menos ligado con ideales genuinamente igualitarios y más basado en el mero terror a lo que se concibe como la dinámica social natural. Más seriamente aún, esta postura que se propone dotar a las mayorías y minorías de un poder institucional casi idéntico para obligarlas a negociar sus respectivas pretensiones, distorsiona gravemente lo que más nos interesa de la democracia. Muy poco tiene que ver la democracia con este ideal; ya que ella apela fundamentalmente al poder de las mayorías para impedir la inaceptable desigualdad que surge cuando el grupo minoritario de la sociedad tiene tanto o más poder que el grupo mayoritario.

Sostener que la democracia es y debe ser -ante todo- el gobierno de la mayoría, no significa afirmar que un régimen democrático adecuado deba ignorar los derechos de la minoría. Sin embargo, el respeto de las minorías no puede hacerse al costo de disolver el principio mayoritario; por el contrario, debe ser compatible con el respeto más amplio posible a la voluntad ciudadana. Al optar por la operación inversa y dotar de igual poder institucional a mayorías y minorías, la solución incorporada en la *Constitución mixta* inglesa y vociferada por Hamilton en Estados Unidos aniquila el compromiso mayoritario y le hace perder a la mayoría su capacidad de decidir conforme a su voluntad. De este modo, la democracia se vacía de contenido efectivo y pierde su principal razón de ser.

Por lo dicho, puede concluirse en que un esquema como el de *frenos y contrapesos*, habitualmente venerado como la gran obra del constitucionalismo moderno, se asienta en una concepción muy pobre de la democracia. Ahora bien, algunos contemporáneos podrían objetarnos con cierta razón diciendo algo como lo siguiente: puede ser verdad que el sistema de los *mutuos equilibrios* se haya creado a partir de una idea de la democracia que hoy rechazaríamos. Sin embargo, tal vez no haya buenas razones para que nos preocupemos por lo que los *padres fundadores* del constitucionalismo pensaban cuando redactaron la Constitución. En definitiva, lo que interesa es que la estructura institucional armada por ellos *funcione* y produzca resultados atractivos. Hoy, por ejemplo, es difícil asociar a las distintas ramas del poder con algún sector social particular y, por eso, también resulta difícil esperar la concreción del tipo de equilibrio social deseado por los *padres fundadores*. No obstante, aunque no podamos asegurar resultados como el citado, ello no impide que el esquema de *frenos y contrapesos* nos siga resultando atractivo. Más aún, hoy podemos celebrar el hecho de que dicho entramado institucional haya tomado vida propia y nos permita asegurar ciertos objetivos fundamentales.

Para reseñar brevemente cuáles serían los principales méritos que en la actualidad tiene el esquema de *frenos y contrapesos*, podríamos decir que ayuda a moderar el proceso de toma de decisiones. Este objetivo, bueno es resaltarlo, estaba claramente en la mente de sus proponentes, tal como se desprende de una ya célebre discusión entre George Washington y un escéptico Thomas Jefferson. Washington habría hablado entonces de la necesidad de *enfriar* el sistema institucional, impidiendo que algún grupo convirtiera en leyes sus meros *impulsos* o pasiones momentáneas (obviamente, pensaba en el grupo mayoritario; pero esto no invalida su afirmación). Para Washington, cualquier proyecto legal -antes de tomar fuerza de ley- debía ser obligado a *descansar* -

algo que parece constituir un objetivo institucional irreprochable- pues obliga a nuestros representantes a *pensar dos veces* sus iniciativas y les enseña que sus enojos momentáneos o sus arranques impulsivos no pueden convertirse en ley de un momento a otro. En el Nº 51 de *El Federalista*, Madison reflexionó sobre el significado práctico de esta propuesta. En su opinión, resultaba necesario asumir que el gobierno estaría en manos de gente autointeresada (*si los hombres fueran ángeles* -señalaba-, *el gobierno no sería necesario*) y que, ante ello, el esquema de *frenos y contrapesos* resultaba imprescindible para contraponer la *ambición* de los representantes con la *ambición* de otros funcionarios públicos (que ocupan otras ramas del poder), asegurar que - en definitiva- todos se controlasen mutuamente y tornar casi imposible que una parte del gobierno impusiera su mera voluntad a las demás. De este modo, el sistema institucional aprovechaba los peores impulsos de los representantes para obtener beneficios para toda la comunidad.

Más allá de lo dicho, el mecanismo de *idas y vueltas* (que hace que, antes de convertirse en efectiva, una norma pase por dos Cámaras, sortee el veto ejecutivo, quede libre del control judicial), propio de nuestro sistema institucional, parece valioso en tanto obliga a que varios *ojos* miren el mismo proyecto, abriendo la oportunidad de corregir errores e impedir abusos. La vieja idea de que *cuatro ojos ven mejor que dos* parece aplicarse con éxito en este caso: son varias, en realidad, las miradas que van a converger en el mismo objeto y varias, así, las oportunidades de mejorarlo.

Por otra parte, y como diría Stephen Holmes, debemos destacar la potencia creativa del sistema de *frenos y contrapesos*⁹ para enriquecer el proceso de toma de decisiones. En efecto, los distintos actores del sistema se ven obligados a anticipar las posibles objeciones de los demás jugadores modificando de antemano sus propuestas iniciales e introduciendo variables destinadas a contemplar los restantes intereses en juego. Cada uno se encuentra forzado a pensar en los demás, a encontrar en sus iniciativas aspectos que puedan servir al resto de la sociedad. Además, y lo que parece más importante, el sistema de *frenos y contrapesos* favorece la deliberación social y genera un proceso colectivo de creación normativa. Por ejemplo, cuando el Poder Ejecutivo veta una ley o cuando la Corte Suprema declara inconstitucional a cierta norma, suele activarse un saludable proceso de discusión pública que, en definitiva, sirve a todos los miembros de la sociedad: la multiplicidad de frenos institucionales existente favorece el diálogo colectivo, la reflexión común sobre los problemas compartidos.

Todas estas razones sugieren el mantenimiento del esquema de *frenos y contrapesos* con independencia de sus propósitos originales y en consideración de los buenos efectos que aún puede asegurar. De todos modos, la enunciación de tales ventajas no alcanza para cerrar la discusión sobre el tema. Por el contrario, diremos aquí que los problemas y los malos incentivos que genera el sistema de *frenos y contrapesos* son tales, que se torna difícil comprender por qué las instituciones representativas siguen conservando algún apoyo teórico.

Detectar las fallas propias del sistema en cuestión no requiere mayores esfuerzos. En principio, cabría decir que la idea de Madison -según la cual el sistema de *frenos y contrapesos* transforma en beneficios comunes los impulsos egoístas de los representantes- no sólo era exageradamente optimista, sino directamente errónea. En efecto, para Madison, la suma de dos males (contraponer a la "ambición" más "ambición") produciría un bien colectivo (el control del poder); cuando, en realidad, lo esperable era que de dicha suma de males resultara *un mal compuesto*. La realidad de muchas de nuestras democracias parece confirmar esta sospecha al mostrar a distintas ramas del gobierno ligándose entre sí para incrementar sus propios beneficios. Esto es, en lugar de ocurrir lo previsto por Madison, estos funcionarios autointeresados unen sus impulsos egoístas para obtener beneficios privados aún mayores. Una idea extendida en el imaginario colectivo, según la cual *la clase política sólo trabaja para sí misma, en perjuicio de toda la ciudadanía*, reflejaría lo que aquí se dice.

Por otro lado, si las diferencias entre los miembros de las distintas ramas del gobierno fueran irreductibles -de modo tal que sus miembros decidieran no cooperar entre sí- las consecuencias no serían en absoluto mejores. A comienzos del siglo XIX, Nathaniel Chipman examinó esta posibilidad y alertó sobre un estado de permanente tensión entre distintos intereses, como primer producto esperable de la aplicación del sistema de *frenos y contrapesos*. En su opinión, tras la puesta en marcha de dicho esquema institucional era de esperar *una guerra perpetua entre* (un interés) *en contra del otro o, en el mejor de los casos, una guerra armada, mantenida a partir de negociaciones constantes, y cambiantes combinaciones, destinadas a prevenir la destrucción mutua; cada partido uniéndose, a su turno, con su enemigo, en contra de algún enemigo todavía más fuerte*¹⁰.

Las previsiones de Chipman no eran exageradas; más bien constituían una deducción razonable a partir de premisas idénticas a las consideradas por Madison. Para muchos contemporáneos de Madison este tipo de resultados representaban el esperable (e inaceptable) precio a pagar a partir del tipo de opciones institucionales escogidas por los *padres fundadores* que, por temor a la ciudadanía, habían reducido al extremo los controles populares (o exógenos) sobre la clase política, y activado casi exclusivamente los controles internos (como el sistema de *frenos y contrapesos*). Como resultado previsible de este tipo de decisiones, mientras se reducían los controles sobre la clase política, se potenciaban enormemente los riesgos de que sus miembros actuaran de forma autointeresada. Samuel Williams, de Vermont, criticaba el sistema de *frenos y contrapesos* exactamente en estos términos: *la seguridad del pueblo se deriva no de la bonita aplicación de los frenos y contrapesos, no de poderes mecánicos entre las distintas partes del gobierno, sino de la responsabilidad y dependencia de cada parte del gobierno en la ciudadanía*¹¹.

Contemporáneamente, esta línea de crítica parece reafirmada por la práctica política. Sabemos que (especial, pero no únicamente en los países presidencialistas) cuando una de las Cámaras del Congreso es de un color político diferente al de la otra, o cuando el Congreso es de un cierto color y el Ejecutivo de otro, o cuando el poder político es predominantemente progresista, mientras que la cúpula judicial es de tendencia conservadora, lo más probable es que se produzcan gravísimas tensiones entre las ramas del poder. En tales casos, puede esperarse que surjan situaciones de *guerra armada* -como la anticipada por Chipman- u otras de

congelamiento institucional a partir de los *mutuos bloqueos* que se produzcan entre los distintos poderes. Madison podría replicarnos que la inacción o el enfrentamiento permanente no conviene a ninguna de las partes; por lo cual, ellas se verían incentivadas a activar el proceso de toma de decisiones. Sin embargo, esta réplica resultaría errónea. Por un lado, el inmovilismo o el enfrentamiento constante puede favorecer en especial a quien se encuentre fuera del poder y constituirse en una *estrategia* ganadora a largo plazo: si el objetivo opositor -como es dable esperar- es reemplazar al grupo en el poder, posiblemente nada le resulte más conveniente que un desgaste del partido gobernante derivado de su incapacidad para aplicar las políticas que prefiere.

Las expectativas debieran ser aún peores si, ante la urgente necesidad de promover alguna o varias iniciativas, el grupo en el poder debe superar el bloqueo que le promete una fuerza opositora también ubicada en puestos públicos clave y dispuesta a dificultar el camino del oficialismo. En tal caso, podrían activarse mecanismos *extorsivos* consistentes en que un grupo de la oposición contribuyese a aprobar cierta ley si y sólo si recibe *algo* a cambio (otra ley, algún cargo, alguna otra ventaja lícita o no). Así, *la aprobación de normas puede comenzar a depender cada vez menos de las buenas razones que la fundamenten, y cada vez más de los beneficios privados o favores que se distribuyan a cambio de su aprobación*. En consecuencia, la existencia de múltiples fuentes de control institucional se convierte en una pesadilla tan gravosa como la ausencia total de controles cuando cada nueva agencia de control amenaza con transformarse en un nuevo centro extorsivo, en una nueva fuente de *peaje*, en una nueva exigencia de beneficios indebidos sobre el poder público. Este temible resultado institucional parece más fácilmente deducible del escenario descrito por Madison (un mundo de políticos autointeresados) que la alternativa optimista por él sugerida.

Por supuesto, la situación tampoco mejora cuando las distintas ramas del poder responden a un mismo grupo. En ese caso, la difícil promesa de los múltiples controles tiende a disolverse. Así, si el Ejecutivo y la mayoría del Legislativo provienen de un mismo partido político, puede ocurrir que uno de ellos (habitualmente el Congreso) comience a perder fuerza, hasta convertirse en un mero apéndice del otro. De igual modo, si ambas Cámaras responden a un mismo grupo, se anulan los prometidos beneficios del bicameralismo. Por lo dicho, el sistema de *frenos y contrapesos* está lejos de asegurar los beneficios que proclama, tanto para el caso de que las distintas ramas del poder sean ocupadas por fuerzas políticas diferentes, como para las situaciones en donde los distintos poderes estén en manos de fuerzas de un mismo color.

Finalmente, cabe revisar críticamente el argumento según el cual todos se benefician cuando muchas *manos* intervienen en una misma decisión, antes de que ésta gane en fuerza de aplicación efectiva. Aun cuando los actores obren de buena fe, no resulta claro que la intervención de múltiples funcionarios *pula* o *perfeccione* una ley, lime sus posibles errores o salve sus imprecisiones. Más bien, tal sobrecarga de funcionarios actuando sobre una misma norma promete resultados poco atractivos. Para entender esta afirmación conviene reflexionar sobre distintos elementos que suelen presentarse en situaciones de este tipo. Fundamentalmente, es de esperar que los funcionarios que intervienen en el proceso de análisis legal tengan una muy diversa legitimidad de origen (por ejemplo, legisladores de origen popular; jueces escogidos por su capacidad técnica); surjan de mayorías vigentes en tiempos muy diferentes (jueces que -tal vez- hayan sido designados por una coalición predominante muchos años atrás; legisladores recién electos; políticos nombrados en otras épocas) o provengan de espacios geográficos muy distantes (senadores de distintas provincias; diputados de algún centro urbano superpoblado; un presidente votado en todo el país). Esta tremenda complejidad da una fiel imagen de lo que implica que muchas *manos* intervengan sobre la ley. La descripción idealizada de este proceso hacía referencia a una situación interesante, distinguida por un *diálogo continuo* que finalmente involucraba a toda la sociedad. La descripción más cruda de este proceso muestra, en cambio, que la ley resulta más bien *manoseada* por una pluralidad de organismos y funcionarios poco conectados entre sí (en su legitimidad, en el tiempo, en el espacio físico). En tal contexto, es dable esperar que la ley -más que beneficiarse con un paulatino *pulido*- sea afectada por la multiplicidad de *retazos* que cada instancia de control le agrega o le quita; retazos que pueden hacerle perder por completo su sentido original. Por supuesto, este no es un resultado necesario del proceso real de creación normativa; pero constituye una posibilidad derivada de un esquema institucional como el que rige en la mayoría de las democracias modernas.

Llegados a este punto, cabe una consideración extra sobre el lugar especial que ocupa el Poder Judicial en este esquema de *frenos y contrapesos*. Para algunos autores, como Alexander Bickel, debe celebrarse la decisiva intervención de los jueces en el proceso de creación jurídica¹². Por un lado, Bickel opina que los jueces se involucran en dicho proceso desde una posición privilegiada: tienen el derecho de decidir tomándose todo el tiempo que consideren necesario para fundamentar adecuadamente sus fallos (esto es, los jueces no están urgidos por las premuras circunstanciales que pueden motivar a las mayorías). Por otro lado, considera que nadie puede *amenazar* a los jueces (por ejemplo, votándoles en contra) para que decidan en tal o cual dirección. En ese sentido, podría decirse que los jueces tienen las manos libres y la independencia suficiente para fallar conforme a lo que consideren correcto: a nadie deben agradar, de nadie dependen. Además, como los jueces han estudiado derecho, están en mejores condiciones que al resto de los ciudadanos para examinar los textos legales. Finalmente, agrega Bickel (en contra de quienes temen que el poder de los jueces contradiga a los legisladores) no hay razones para concebir la tarea judicial como una amenaza al proceso democrático. En definitiva, los jueces son parte de un proceso deliberativo que va mucho más allá de ellos: un proceso de discusión en el que participan todas las demás ramas del poder. Dentro del mismo, no hay razón para considerar a las intervenciones judiciales como constituyendo una irrupción antidemocrática. Se trata, más bien, de la intervención en el proceso decisorio de funcionarios bien preparados que, libres de presiones y urgencias, afirman ciertos criterios que los demás poderes pueden, finalmente, ratificar o cambiar. En este sentido, puede decirse que la tarea judicial enriquece decisivamente el diálogo democrático: los jueces ofrecen a los otros poderes razones de peso para decidir en tal o cual sentido; razones que los demás poderes, por negligencia o mera parcialidad, pudieron haber obviado.

Esta presentación del funcionamiento del sistema de *frenos y contrapesos*, indudablemente más benigna y amigable que la ofrecida más arriba, encierra una indudable parte de verdad. Pero no dice que la intervención en el proceso decisorio del órgano más técnico -el judicial- es mucho más relevante que la señalada. En efecto, la descripción anterior presenta al Poder Judicial como un engranaje más dentro de una maquinaria más o menos perfecta y autosostenida; sin embargo, la realidad parece muy

diferente en la mayoría de las democracias modernas. El pretendido diálogo democrático que entablan la rama judicial y las ramas políticas del poder es, en todo caso, un diálogo muy cuestionable, ya que las partes no se sitúan en un pie de igualdad: una de ellas (la judicial) tiene, de hecho, la capacidad de levantarse de la mesa de discusión y dejar impuesta su voluntad. Es cierto que tras un fallo adverso, el Poder Legislativo puede insistir con la misma iniciativa rechazada o volver a ponerla en circulación con modificaciones menores. Pero también lo es que, en todos los casos, el Poder Judicial puede volver a afirmar sus criterios ganando así el duelo entre los distintos poderes. La imagen del diálogo democrático entre diferentes ramas del poder muestra sólo una de sus faces posibles, mientras oculta que las condiciones de ese diálogo carecen del atractivo propio de las buenas discusiones de la vida real que brindan a las partes la misma posibilidad de triunfar. Aquí, la posición institucional de una de las partes, le permite insistir con su visión sobre el problema en juego e imponerla aunque no cuente con las mejores razones.

Conclusiones

Según hemos examinado, nuestro sistema institucional se fundó sobre una sociología política inadecuada que generó la ilusión de que el sistema institucional podría *dar cabida* a toda la sociedad y asegurar una protección especial a sus miembros más débiles; sobre presupuestos epistémicos que justifican una drástica separación entre representantes y representados y que otorgan una decisoria autoridad especial al Poder Judicial y sobre una poco atractiva concepción de la democracia que no sólo tendía a dejar de lado toda preocupación seria sobre el papel de la voluntad mayoritaria, sino que daba pie para crear una muy objetable estructura de incentivos institucionales, dentro de la cual los jueces ocupaban, injustificadamente, un lugar de privilegio. Proceder a la crítica o a la reforma, más o menos profunda, de cualquiera de las partes de este sistema institucional, requiere tener conciencia de su estructura general y de las razones por las cuales fue organizado del modo en que hoy lo conocemos. Este trabajo pretendió hacer una modesta contribución a dicha crítica o reforma.

(*) Sociólogo y doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional en la universidad Torcuato Di Tella de Buenos Aires y profesor visitante en la universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

1 Cuando hablemos del sistema representativo estaremos haciendo referencia al sistema político distinguido por rasgos tales como la división del poder, el bicameralismo, los poderes de veto del Ejecutivo, el control judicial de constitucionalidad. Muy habitualmente tomaremos como caso test el ejemplo de los Estados Unidos y las discusiones constitucionales llevadas adelante en dicho contexto en el siglo XVIII (discusiones enormemente influyentes en el desarrollo institucional de los países latinoamericanos).

2 Así lo hizo en todos sus trabajos importantes, desde el fundamental escrito en el Federalista Nº 10, hasta en su principal antecedente (Vicios del sistema político), y en muchos de sus principales discursos como constituyente. Ver, por ejemplo, M. Farrand (1937) *The Records of the Federal Convention of 1787*. New Haven, Connecticut: Yale University Press.

3 Típicamente, los opositores de la Constitución norteamericana, objetaban a esta última por su sesgo aristocrático. Criticaban, así, el poder que se le daba a los más ricos, en desmedro de otros sectores sociales; o impugnaban el reducido número de representantes que se preveía para los órganos de composición popular, asumiendo que, de este modo, se le quitaba representación a otros sectores sociales.

4 Nos referimos a un sector de los (así llamados) antifederalistas, el grupo de los opositores de la Constitución.

5 Es difícil pensar que una mayoría de países europeos (aún los que siguieron lo que podríamos llamar la tradición revolucionaria francesa) es ajena a resultados institucionales como los descriptos (que implican un fuerte distanciamiento entre representantes y representados). Si bien en países como Francia, el presupuesto que guió los primeros debates constitucionales modernos fue opuesto al que orientó los debates norteamericanos (asumiéndose, entonces, la infalible racionalidad de las decisiones mayoritarias), es dable pensar que dicho principio sufrió, al poco tiempo, un rápido deterioro que puede observarse a través del análisis del cada vez más creciente poder de la rama judicial. El examen del poder delegado en esta rama proporciona un buen barómetro para medir la confianza en los organismos mayoritarios. Si en un primer momento el poder de la rama judicial en países como Francia era insignificante (actuaba como mera boca de la ley), hoy es cada vez más fundamental. Estas son sólo intuiciones que no buscaremos apoyar en este escrito.

6 Ver, por ejemplo, Mark Tushnet (1999), *Taking the Constitution away from the Courts* (New Jersey: Princeton University Press).

7 Para asegurarle a cada sector un lugar de predominio, se concibieron distintas alternativas. Desde la posibilidad de reservarle a tales grupos ciertos lugares exclusivos (una Cámara de los Lores y otra para los Comunes); hasta el inducir al predominio de algún grupo sobre otro a través de mecanismos tales como las elecciones directas o indirectas (las primeras, se pensaba con algo de razón, favorecían la elección de representantes populares, mientras que las segundas ayudaban a la selección más cuidadosa, que quedaba habitualmente en manos de personas selectas, más bien alejadas del clamor mayoritario).

8 Ver Farrand, op.cit., vol. 1, p. 288.

9 S. Holmes (1995), *Passions & Constraint. On the Theory of Liberal Democracy*. Chicago, The University of Chicago Press).

10 N. Chipman (1833), *Principles of Government. A Treatise on Free Institutions*, p. 171. Burlington.

11 Citado en M. Vile, "The Separation of Powers", p. 678 en Greene J.y Pole J, Eds. (1991), The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution. Colridge, Mass.: Basil Blackwell.

12 Ver, especialmente, Bickel A. (1962), The Least Dangerous Branch. New Haven, Conn: Yale University Press.