

Reflexiones sobre la negación del contenido ideológico en las decisiones judiciales*

Pondering the denial of ideological content in adjudication

Rodrigo J. Gutiérrez Olocco**
ORCID: 0000-0002-1374-2076

“[U]na teoría del Derecho que comienza desde la adjudicación constitucional es incapaz de entender la dimensión constitutiva de la distinción entre justificación y aplicación, entre legislación y jurisdicción”. ATRIA, Fernando. *La forma del Derecho*, p. 314.

Resumen: Este artículo analiza cuáles son, según Duncan Kennedy, las causas de la negación del contenido ideológico en algunas sentencias judiciales. Se acepta que las sentencias tienen dicho contenido, el que es negado por los jueces. Sin embargo, se impugna la afirmación de que la causa de la negación es psicológica y se presentan razones para creer que ella es, en realidad, institucional.

Palabras clave: estudios críticos del derecho - jurisdicción constitucional - teoría constitucional - interpretación constitucional - control de constitucionalidad

Abstract: This paper examines which are, according to Duncan Kennedy, the causes of the denial of the ideological content in some judicial decisions. I accept there are rulings that have such content, which is denied by the judges. However, I challenge the claim that the cause of the denial is psychological and put forth reasons to believe it is, in fact, institutional.

Keywords: Critical legal studies - constitutional adjudication - constitutional theory - constitutional interpretation - judicial review

*Recibido el 30 de octubre de 2018 y aprobado definitivamente para su publicación el 10 de noviembre de 2019.

**Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba - Universidad Siglo 21 - Correo electrónico: olocco.rj@gmail.com

Introducción

Puede hoy afirmarse, con relativa tranquilidad académica, que la noción de jurisdicción goza de cierta prioridad conceptual, tanto en la teoría jurídica como en la política, respecto del resto de potestades paradigmáticas del Estado moderno¹. En este trabajo, no se profundizará este fenómeno², sino solo se resaltarán que él está también presente en la teoría jurídica crítica³.

En ese marco, los ensayos de Duncan Kennedy compilados en *Izquierda y Derecho* (Kennedy, 2010a)⁴ constituyen un buen ejemplo de que los estudios críticos no están al margen de la preocupación analítica, por el rol que la jurisdicción desempeña actualmente en los diseños institucionales contemporáneos. En uno de los trabajos (Kennedy, 2010b), Kennedy desarrolla la idea de que los jueces deciden los casos de forma ideológica pero que, al hacerlo, niegan ese mismo contenido ideológico.

De lo que se tratará, en este estudio, es de reflexionar sobre dicha negación y sus causas. El argumento se basa en que el contenido ideológico existe en las sentencias en las que se enfoca Kennedy y que los jueces de la Corte Suprema lo niegan. Sin embargo, se discrepa con este autor en la causa de esa negación y se defenderá la idea de que los jueces de la Corte Suprema niegan el contenido ideológico de sus decisiones por razones institucionales en lugar de psicológicas.

El estudio comenzará por el desarrollo de las tres tipologías judiciales de las que se vale Kennedy y seguirá por el análisis de aquello común a ellas, el concepto de jurisdicción que subyace. Dado que los casos de los que se ocupa este autor son de jurisdicción constitucional, se expondrán algunas ideas sobre la interpretación constitucional. Seguidamente, se presentarán las causas de la negación para Duncan Kennedy y, luego, se explicará por qué la negación obedece a razones institucionales, para la perspectiva de este análisis.

Los tipos judiciales según Duncan Kennedy

En “El comportamiento estratégico en la interpretación jurídica”, Duncan Kennedy analiza “el rol que desempeña la ideología política, en el sentido llano de «liberalismo» o «conservadurismo», en aquella parte de la actividad judicial que es mejor descrita como creación de Derecho” (Kennedy, 2010b). Lo que interesa al autor, en este punto, es analizar la actividad de órganos jurisdiccionales, como la Corte

¹ Este fenómeno ha sido acusado recientemente en los siguientes términos: “Me refiero a la idea de que, en algún sentido teóricamente relevante, la jurisdicción ocupa un lugar especial en el concepto de Derecho. Esta es la tesis que en esta sección llamaré «la prioridad conceptual de la jurisdicción». Por supuesto, al calificar la situación de la teoría del derecho como «desbalanceada» ya he indicado que, a mi juicio, esta idea de prioridad conceptual de la jurisdicción es incorrecta. Pero también se ha indicado más arriba que «desbalance» no es la mejor manera de describir la situación, en tanto sugiere que la preocupación preferente por la jurisdicción ha legado, al menos, una comprensión sofisticada de la naturaleza de la jurisdicción, aunque sea al precio de dejarnos a oscuras sobre la legislación y la administración. Y este no es el caso”. (Atria, 2016, p. 159).

² Para un análisis en profundidad sobre el tema, puede consultarse Atria, 2016.

³ Sin pretender desconocer las sutiles diferencias existentes entre hablar de teoría jurídica crítica y estudios críticos del Derecho, se empleará, a lo largo del trabajo, ambos términos como si fueran intercambiables.

⁴ Esta obra es una recopilación de artículos del autor, de modo que se cita de forma separada en relación con el artículo en el que se centrará este trabajo.

Suprema de Estados Unidos, en casos que son considerados por (al menos algún sector de) la doctrina estadounidense como paradigmáticamente jurisdiccionales⁵.

De modo que, los tres tipos judiciales son especies de jueces que pueden existir en los tribunales de apelación, como la Corte Suprema de Estados Unidos. Situar esta clasificación permite entender que, en principio, ella no se aplica a los jueces inferiores que deciden si el inquilino que no ha restituido el inmueble al finalizar el contrato debe o no desalojarlo⁶.

Lo que Kennedy busca exponer, con su clasificación, es el grado de permeabilidad que los jueces pueden tener en relación con su ideología, al momento de decidir uno de estos casos. La actitud que cada uno tenga, en este sentido, determinará su pertenencia a una u otra categoría.

Hechas estas aclaraciones preliminares, se está en condiciones de desarrollar los tres tipos en cuestión.

El juez activista (restringido)

Este tipo de juez es, en algún sentido, el más coherente con una determinada ideología. Así, resulta relativamente sencillo determinar si él es liberal o conservador porque sus decisiones serán las más consistentes con alguna de estas ideologías. El juez activista sabe que su deber es aplicar la ley para resolver un caso, pero no está de acuerdo con ella porque, por hipótesis, la encuentra injusta o insatisfactoria conforme a sus propias convicciones morales. Lo que él intentará hacer es adjudicar, al otorgar al caso una solución conforme con sus propias valoraciones, no obstante, como está limitado por el texto legal, invertirá “una importante cantidad de energía y tiempo en elaborar una interpretación jurídica diferente de la que en principio parecía la mejor” (Kennedy, 2010b).

Esto significa que el juez activista restringido intentará por medio de la argumentación, encontrar aquella interpretación de la ley, o material jurídico en términos de Kennedy, que más se adecue a su ideología. Es un activista en la medida en la que “tiene un «proyecto» identificable, una dirección en la que se mueve (cambiar una norma injusta por una justa). Desde su punto de vista, será una derrota si (como suele suceder) no logra encontrar una manera de sortear la norma injusta” (Kennedy, 2010b).

Como estos jueces resuelven (o intentan resolver) los casos conforme a sus convicciones morales, sus sentencias serán distintas según cuál sea la ideología a la que cada uno adhiere. Cuando el juez activista ha logrado su objetivo, provoca un cambio en el Derecho. Para Kennedy, este cambio está permitido por los materiales jurídicos,

⁵ Piénsese, por ejemplo, en *Roe vs. Wade* (410 US 113) o *Brown vs. Board of Education* (347 U.S. 483). Este tipo de casos es presentado por Dworkin como el ejemplo de casos judiciales (Dworkin, 2000). De hecho, uno de estos casos fue tomado por Dworkin como el punto de partida de su análisis sobre el aborto (Dworkin, 1996, p. 44). Que Kennedy haya pensado en estos casos surgió, además, de su referencia directa a los tribunales de apelación, del hecho de que invocó a *Brown vs. Board of Education*, *Plesy vs. Ferguson*.

⁶ Siempre es posible complejizar (o abstraer) el caso, de modo que aparezca en él alguna propiedad moral o políticamente relevante, como aquel referido a que en un inmueble habitan los hijos menores de edad del inquilino y que este no haya podido abandonar la casa, por no ser capaz de pagar otro arrendamiento en otro inmueble. En este ejemplo, se suscitaría un conflicto de derechos entre las partes que sería análogo al de los casos citados en la nota anterior; es decir, el derecho a una vivienda digna que puede tener una familia carenciada frente al derecho a la propiedad privada.

pero no es impuesto por ellos. Ello se debe a que la interpretación del material a la que llegó era una entre las posibles, en caso contrario, no podría entenderse que él ha sido fiel al Derecho. Adicionalmente, como la interpretación elegida era una entre varias posibles, elegirla no era obligatorio para el juez, quien bien podría haber elegido cualquiera de las otras.

El juez mediador

Este tipo de juez también es permeable a la ideología, aunque de un modo distinto al activista. Mientras que este fallaba conforme a una ideología identificable como liberal o conservadora, el mediador lo que hace es fallar colocando su decisión en el medio de los extremos. Para él, “la norma liberal y la norma conservadora son los polos, entre los cuales hay una serie de posiciones «moderadas»” (Kennedy, 2010b).

Las decisiones que este tipo judicial toma coinciden siempre con estas posiciones moderadas. Implica que el juez mediador se encuentra indirectamente determinado por los ideólogos, en tanto que él “media predeciblemente entre las diferencias de posición ideológica de otros” (Kennedy, 2010).

El juez bipolar

Este tipo judicial es el más impredecible de los tres, en tanto que tiende a alternar entre posiciones conservadoras y posiciones liberales, de manera que, predeciblemente, tras una larga seguidilla de fallos liberales, es muy probable que su próximo fallo, sea conservador. Como a veces decide conforme a un polo y a veces, conforme al otro, es bipolar. Dado que participa activamente de ambos bandos, “[s]us sentencias liberales influyen en la evolución del «bando» liberal, así como sus sentencias conservadoras influyen en el conservadurismo. Pero luego de intervenir, se retira. La independencia resulta ser otra forma de compromiso” (Kennedy, 2010b).

El juez bipolar resulta sumamente nocivo en relación con la seguridad jurídica. Aunque se tenga certeza de que, tras una serie de fallos liberales, es probable que él dicte uno conservador, también es probable que dicte un decisorio liberal.

El concepto de jurisdicción

Las tres tipologías desarrolladas en el apartado anterior pertenecen al género de jueces. Ahora bien, para encontrar cuál es el concepto de juez (o de jurisdicción) que tiene en mente Kennedy, es necesario hallar aquello que los tres tipos tienen en común. Solo si existe algo que comparten será posible afirmar con sentido que lo que ellos hacen cuando deciden un caso cuenta como ejercicio de la jurisdicción.

Una característica que los tres tipos comparten es la de decidir autoritativamente cómo ha de resolverse un determinado caso ante ellos presentado. Ahora bien, la legislación también supone que el órgano encargado de ejercerla decide casos. La diferencia está en que los jueces deciden casos individuales mientras que los legisladores deciden casos genéricos. En consecuencia, esta parece ser la primera característica de la jurisdicción: decisión autoritativa de casos individuales.

Asimismo, en las tres tipologías se ve que los jueces se encuentran atados en sus decisiones por los materiales jurídicos, es decir, por el Derecho. Tan es así que el juez

activista está restringido por los materiales y su tarea consiste en encontrar aquella interpretación de los materiales que resulta más cercana a sus convicciones. De hecho, solo porque su interpretación estaba permitida por el Derecho se podía decir de él que era fiel a aquel. De esto se sigue que los jueces deciden autoritativamente casos individuales conforme a los materiales.

Ahora bien, llegado a este punto, uno puede válidamente preguntarse cuál es el Derecho que ata a los jueces. Según dijera al inicio, Kennedy se ocupa de los tribunales de apelación, de las Cortes Supremas, por lo que resulta sensato analizar alguno de sus fallos a fin de responder a esta pregunta. Uno de los casos citados por el autor es *Brown vs. Board of Education*, de modo que será este el que se utilizará aquí.

La cuestión controvertida en dicho fallo era si la segregación racial de estudiantes blancos y negros en las escuelas públicas de Estados Unidos violaba la Catorceava Enmienda de la Constitución en tanto esta dispone la llamada cláusula de igual protección. En efecto, la cláusula primera de la Enmienda reza: “[...] Ningún Estado [...] negará a ninguna persona dentro de su competencia la protección equitativa de las leyes”. En resumidas cuentas, el material jurídico que los jueces de la Corte debían aplicar era la Constitución de los Estados Unidos. Ahora bien, es de notarse la gran abstracción que la cláusula de igual protección tiene, lo que lleva a que sea un límite sumamente laxo para el intérprete. Resulta muy difícil entender que los jueces estaban, en algún sentido relevante, restringidos por ella; a fin de cuentas, la Constitución en ningún momento especifica qué implica la “protección equitativa”, sino simplemente que los Estados no podían negársela a los ciudadanos dentro de sus territorios.

Un juez activista (¿restringido?) conservador podría válidamente entender que la segregación racial se adecuaba a la cláusula, puesto que entre los alumnos blancos y los negros existía (y existe)⁷ una diferencia racial innegable. A su vez, un juez activista liberal, podría entender que la doctrina “separados pero iguales” violaba la igual protección en tanto que perjudicaba a los estudiantes de raza negra por afectar a su sentido de la autoestima o por resultar en un obstáculo material contra la igualdad material de oportunidades, etc.

Constatar la gran abstracción de los materiales jurídicos (= textos constitucionales) lleva a una cuestión importante, la vinculada con su interpretación. Este punto merece atención, ya que se relaciona directamente con el motivo de la negación del rol que la ideología tiene en la adjudicación, lo que, a su vez, se liga al concepto de jurisdicción. Dado que este aspecto es importante, se analizará con profundidad, en el apartado siguiente.

⁷ Al ser esta una cuestión delicada, se requiere precisión. La diferencia referida en el texto es la diferencia obvia en términos físicos. La pregunta importante, en términos ideológicos, es si la diferencia sobre el color de piel justifica tratos políticos desiguales (por caso, segregación en las escuelas públicas); el autor de este análisis respondería al interrogante en forma negativa. En esto, quizás, un juez del conservadurismo estadounidense tendría una opinión opuesta, pero eso se debe, precisamente, a una discrepancia ideológica entre este juez hipotético y el autor de este texto.

La interpretación constitucional

En el apartado anterior se esbozó cuál es el concepto de jurisdicción que está implícito en las tipologías judiciales que Kennedy presenta y el que consiste en decidir autoritativamente casos individuales conforme a los materiales. Tras analizar sucintamente uno de los casos citados por el profesor norteamericano, se arriba a la conclusión de que los materiales que aplican sus jueces son los textos constitucionales. Esto llevó a que se manifieste una de las características de estos textos: su gran nivel de abstracción. Basados en la misma cláusula constitucional, un juez liberal y uno conservador pueden llegar a dos conclusiones antagónicas. ¿Por qué esto es así?

Se puede conjeturar que ello se debe a que la Constitución solo puede ser leída moralmente. En términos de Dworkin, su principal expositor, “[l]a lectura moral de la Constitución propone que todos interpretemos y apliquemos estas cláusulas abstractas en el entendimiento de que invocan principios morales de decencia política y justicia” (Dworkin, 2005, p. 2)⁸. Esto implica que, como dice este autor, “[c]uando un asunto constitucional nuevo o controvertido surge, quienes forman opiniones deben decidir cuál es la mejor comprensión de un principio moral abstracto” (Dworkin, loc.cit)⁹. Cuando los jueces de la Corte Suprema deciden un caso constitucional como el de *Brown vs. Board of Education*, lo que hacen es decidir cuál es la mejor comprensión del principio moral abstracto plasmado en la cláusula de igual protección. Si esto es así, entonces, el concepto de jurisdicción puede ser reformulado sin pérdida en algo como “la jurisdicción consiste en la resolución autoritativa de casos individuales conforme a la mejor comprensión de principios morales abstractos”.

Para entender por qué este concepto es problemático resulta de utilidad recurrir a otro ejemplo. Dado que en la comprensión institucional más difundida tanto las Cortes Supremas como los tribunales inferiores ejercen jurisdicción, el concepto en cuestión debe ser capaz de funcionar también en casos decididos por estos últimos. Así, se puede regresar al inquilino que no ha restituido el inmueble tras haber vencido el plazo de duración de la locación y contra el cual su locador ha iniciado un juicio de desalojo. El material a ser aplicado por el juez del caso, no es una cláusula constitucional sino un artículo del Código Civil y Comercial argentino¹⁰, el 1223, que dispone que “[a]l extinguirse la locación debe restituirse la tenencia de la cosa locada”. La solución para el caso es suficientemente clara: el juez, liberal o conservador, debe ordenar el desalojo.

La pregunta que debe ser hecha en este punto es la siguiente: ¿qué tienen en común el juez que ordena el desalojo y la Corte Suprema que decide que la segregación racial en las escuelas públicas viola la cláusula de igual protección? La respuesta no es obvia. El art. 1223 del C.C.C.N., incluso aunque se acepte que el lenguaje es en sí mismo indeterminado, es mucho más concreto que la cláusula primera de la Catorceava Enmienda de la Constitución de Estados Unidos.

Dicho en términos más familiares a Kennedy, el juez que aplica el artículo del código civil está mucho más restringido por el material que el que aplica la cláusula de igual protección. En esta última, hay un espacio mayor para la ideología que en aquel. De modo que el material que uno y otro han de aplicar es distinto. Además, el juez civil que ordenó el desalojo puede afirmar sin ningún rastro de negación que su fallo fue

⁸ “The moral reading proposes that we all interpret and apply these abstract clauses on the understanding that they invoke moral principles about political decency and justice”

⁹ “When a novel or controversial constitutional issue arises people who form an opinion must decide how an abstract moral principle is best understood”.

¹⁰ En adelante, C.C.C.N.

neutral en relación con cualquier ideología. Él resolvió el caso conforme a la ideología del legislador plasmada en la ley civil, en este sentido, por supuesto, su fallo tuvo contenido ideológico¹¹, pero no respecto de él, la ideología del juez es intrascendente. Esta última es, a fin de resolver el caso, indiferente, puesto que la solución sería la misma con independencia de que el juez sea conservador o liberal, en este sentido, la decisión del caso ha sido imparcial. Esto es algo respecto de lo que el juez que aplicó la cláusula de igual protección no puede jactarse sin caer en la negación. Su sentencia tuvo un alto grado de contenido ideológico, no ya del legislador ni del constituyente, sino del propio juez. Esto vuelve la decisión partisana, el juez que resuelve de este modo no es imparcial en ningún sentido relevante institucionalmente¹².

En definitiva, parece que lo único que ambos tienen en común es que en los dos ejemplos quienes toman la decisión son jueces o, dicho de otro modo, ambos órganos tienen la estructura de un tribunal. Es decir, las personas que deciden son abogadas, con una determinada cantidad de años de ejercicio profesional, con solvencia académica en materia jurídica, etcétera. Esta estructura desempeña una función en el caso del juez civil, es decir, tiene sentido puesto que el juez debe conocer el derecho civil para estar en condiciones de identificar correctamente cuál es el estado institucional debido en el caso de un inquilino que no restituyó el inmueble al finalizar la locación. Sin embargo, es difícil ver en qué medida esa misma estructura hace probable la correcta identificación de la mejor comprensión del principio moral abstracto de la cláusula de igual protección.

Da la impresión de que, para tal fin, el sujeto que decide debería ser representativo del común de los ciudadanos puesto que es una cuestión de moralidad común la que debe ser decidida, por lo tanto, no resulta importante que sea abogado ni tenga experiencia profesional ni un amplio conocimiento del derecho. La estructura de un parlamento o una legislatura parece mucho mejor posicionada institucionalmente para desempeñar esta actividad que la de un tribunal.

He desarrollado la diferencia que existe entre el juez que aplica una norma del código civil y el que aplica una norma de la Constitución. En el primer caso, la importancia de la ideología del juez es prácticamente irrelevante, mientras que, en el segundo, la decisión, por el tipo de conflicto de que se trata, no puede no ser ideológica. Puesto que en el primer supuesto tiene sentido que la estructura del órgano que resuelve el conflicto sea la de un tribunal y en el segundo, no, soy escéptico respecto de la calificación de “juez” que puedan tener los órganos institucionales que (dicen que)

¹¹ Uno que podría desagradar a un juez liberal que debe ordenar el desalojo de una familia carenciada para que un terrateniente demuela el edificio y construya un emprendimiento hotelero, por ejemplo. Se trata, en definitiva, de una ideología que enfatiza la importancia de la propiedad privada sobre la de la vida en condiciones dignas.

¹² El fallo podría ser considerado imparcial, en algún sentido. Puede que quienes decidan el caso no tengan relación con las partes, ni sean acreedores ni deudores de ellas, ni tengan intereses personales en el pleito, o cualquiera de los supuestos del art. 17 del Código Procesal Civil de Córdoba. Sin embargo, si se acepta sin reparos dicha comprensión de la imparcialidad judicial como exhaustiva, no podría explicar cómo puede ser considerada imparcial una decisión que, por definición, toma partido en favor de una de las partes y en contra de la otra. El medio para que la idea de imparcialidad como una nota definitoria de la jurisdicción tenga sentido es, precisamente, que el órgano que decide, incluso aunque decida a favor y en contra de las partes, no lo haga sobre la base de sus propias valoraciones morales o políticas sino en las del pueblo, traducidas por el Congreso en legislación. Desde luego, esta noción abarca las situaciones del art. 17 del C. de P. C., las que, si se verifican, permiten asumir que la decisión no será imparcial, pero ella no se agota ahí. Esta premisa podría ser impugnada por la visión puramente procesal que rechazo, pero no es posible justificarla aquí, dada la naturaleza del presente trabajo. Sobre este modo de entender la imparcialidad judicial, puede consultarse Atria, 2016, pp. 199-250.

aplican inmediatamente los principios abstractos de moralidad pública que tienen las Constituciones. Esto se encuentra directamente vinculado con la negación del rol que la ideología desempeña en las decisiones tomadas por los tres tipos de ¿jueces? que presenta Kennedy¹³. Dicho tema será abordado en el apartado siguiente.

Denial is not just a river in Egypt¹⁴

Tras explicarse los tres tipos de jueces que Kennedy propone, se afirmó que los tres niegan el contenido ideológico de sus decisiones a pesar de que, como se ha visto, tiene una gran presencia en ellas. Lo que este autor resalta es algo que también Dworkin ha notado y es que los jueces (constitucionales) tienden a mostrar sus sentencias como ideológicamente neutrales, incluso aunque no lo sean. Dworkin no cree que esto sea problemático y parte de su argumento en *Freedom's Law*, es un esfuerzo en este sentido, es decir, en convencer al público de que la Constitución solo puede ser leída moralmente y que es mejor que los jueces admitan abiertamente que ellos deciden los casos constitucionales realizando una lectura moral de la Constitución.

Para Kennedy, la negación aparece cuando: “Tenemos la idea de que si el que habla reconociera la verdad sobre un hecho externo, o sobre su propio deseo, emoción, opinión o intención, experimentaría una dolorosa angustia. La motivación para la negación es prevenir o deshacerse de esta angustia” (Kennedy, 2010b).

Si el juez¹⁵ de *Brown vs. Board of Education* aceptara que él no lo resolvió de forma imparcial sino partisana, que no aplicó el Derecho ni estuvo en medida alguna restringido por este, y que lo que en realidad hizo fue fallar según su ideología, sentiría una enorme angustia. ¿Por qué? ¿Cuál es la razón que existe para no entregarse cándidamente a la solución dworkineana de aceptar en forma abierta y notoria la lectura moral?

Para Kennedy, la razón es la contradicción interna al rol de juez. Su afirmación consiste en aceptar la posibilidad de que sus tipologías judiciales “vivencien un conflicto de rol que motiva la negación tanto como, o en lugar de, un conflicto entre su deseo de poder ideológico y sus roles” (Kennedy, 2010b). En opinión del profesor estadounidense, esto significa que hay algo en la autocomprensión que estos jueces tienen de su rol que “parece impulsarlos a incluir [la ideología]” (Kennedy, 2010b).

En términos directos, esta contradicción se da en la medida se espera que las juezas (constitucionales) decidan de forma no ideológica y, sin embargo, la autocomprensión que tienen de su propio rol las obliga a hacerlo ideológicamente. Kennedy cree que puede encontrar el motivo de esta contradicción en conceptos psicológicos que explican la vivencia propia del modernismo: “Hay un motivo más cósmico para la negación, a saber, el carácter contradictorio de nuestros impulsos e ideas. Esta noción de la «fundamentalidad» de la vivencia de contradicción es uno de los rasgos distintivos del modernismo y sus secuelas” (Kennedy, 2010b).

¹³ Se presenta en forma de incógnita porque creo que la denominación de estos órganos como jueces es incorrecta.

¹⁴ Este es un juego de palabras entre el parecido fonético entre las palabras “denial” (= negación) y “the Nile” (= el Nilo) empleado por Kennedy, y un dicho popular en la cultura estadounidense. En una traducción literal, diría algo como “La negación no es sólo un río de Egipto”, y se pierde, así, el ingenio de la frase.

¹⁵ Se habla aquí de juez para significar “órgano jurisdiccional que decidió el caso”.

Se podría conjeturar que esta explicación es errónea y que la causa de la contradicción no es psicológica, propia de la vida en condiciones modernas y posmodernas, sino que es institucional. Lo que lleva a los jueces (constitucionales) a la negación es la creencia de que ellos actúan como jueces cuando deciden el alcance de la cláusula de igual protección, que su adjudicación en un conflicto de ese tipo es igual a la que realiza el juez civil que debe decidir un desalojo. El problema es pensar que un órgano estatal actúa como juez sólo por el hecho de que su estructura es la de un tribunal, sin importar el tipo de conflicto que él resuelve.

La jurisdicción constitucional tiene más de legislación que de jurisdicción. Esto significa que el juez que se ve obligado a dictar sentencia en un caso de este tipo tiene alguna comprensión de que se supone que su tarea debe ser imparcial, neutral, ideológicamente vacía, pero ve el conflicto que tiene ante sí y percibe no sólo que no puede resolverlo sin recurrir a su ideología, sino que tampoco puede apartarse y dejar de resolverlo. Aquí está la contradicción y la forma de superarla¹⁶ es negando el contenido ideológico (= legislativo) de su decisión para presentarla como necesaria desde el punto de vista jurídico (= jurisdiccional).

El problema que aquí se ha identificado fue presentado y desarrollado por Fernando Atria en su elegante *La Forma del recho* (2016)¹⁷. Por este motivo, en el apartado siguiente se aludirá y explicará de forma muy sucinta algunas de sus ideas, a fin de terminar de entender por qué la contradicción está en las instituciones y no en las condiciones de vida en la modernidad y posmodernidad.

La causa de la negación es institucional, no psicológica

Al finalizar el apartado anterior se expuso cuál es el error en el diagnóstico de Kennedy. La negación existe, los jueces constitucionales fallan de modo ideológico, pero no lo reconocen y se empeñan en ocultar esta realidad. El problema no es psicológico sino institucional. ¿Por qué? Hay que notar que la respuesta a esta pregunta es la misma respuesta que la formulada en el apartado anterior, es decir, ¿por qué los jueces niegan la contradicción?

Atria se formula la pregunta en los siguientes términos: “¿Por qué no reconocer, de modo cándido, que las decisiones de la Corte Suprema que los liberales celebran no son decisiones judiciales sino decisiones explícitamente políticas?” (Atria, 2016: p. 312). El contenido político al que se refiere este autor es el contenido ideológico que percibe Kennedy. Esto significa que la decisión no es imparcial, que ese caso particular

¹⁶ Desde luego, esta no es una forma de superar realmente la tensión sino de hacer la situación todavía más inestable. Cuál es, en definitiva, la forma de resolver la tensión es una cuestión que no puede ser explicada en este trabajo y en qué medida sea posible responderla. A pesar de ello, vale la pena el esfuerzo en ese sentido.

¹⁷ En términos muy superficiales, el argumento de su libro consiste en la defensa de un positivismo poco ortodoxo frente al avance del neoconstitucionalismo. Atria conceptualiza, en lo que interesa aquí, la jurisdicción como la tarea de dar a cada uno lo suyo de acuerdo con la ley, una ley que no está siendo cuestionada al momento de ser aplicada a la solución del caso y cuya validez el juez da por sentado. Por esto, la decisión del juez es imparcial y vacía de ideología. En sus propias palabras, el juez “tiene la función de correlacionar el caso específico sometido a su conocimiento con una solución específica [...]. Pero como lo que el juez debe hacer es decidir el caso conforme a la ley, en principio la decisión judicial asume sin discutir la correlación genérica contenida en la ley. [...] La norma abstracta es justificada, ante el juez, porque ella reúne determinadas condiciones de validez institucionalmente caracterizadas” (Atria, 2016, p. 219).

no es decidido conforme a un estándar ajeno a la jueza cuya validez ella no cuestiona, sino que el propio estándar es creado por la jueza, consiste en sus convicciones políticas y morales y es, por esto, parcial.

Para el profesor chileno, la respuesta es evidente:

La calificación de una decisión de la Corte Suprema como legislativa no es una cuestión solo de conceptos. Significa conceder que cuando la Corte Warren tomó esas decisiones estaba usurpando un poder que no le correspondía, un poder que lo tenía solo el Congreso. [...] Esto empuja a formular teorías que encuentran lo decisivo de la función judicial en lo que es común al juez y a la Corte Suprema; pero como lo que la Corte Suprema hace es (al menos en los casos de más alto perfil) indistinguible de lo que hace el Congreso, esas son teorías que no pueden sino negar la especificidad de la función judicial, y que terminan declarándola por fiat. (Atria, 2016, p. 312).

En otras palabras, la negación obedece a que, si la Corte Suprema reconociera que sus fallos tienen contenido ideológico, estaría admitiendo que sus decisiones invaden las competencias propias del Congreso. Si hicieran esto, sus fallos estarían deslegitimados por haber vulnerado la división de poderes propia del republicanismo que determina cuál es el ámbito de actuación de las instituciones estatales judicial y legislativa. Esto significa que la causa de la negación es institucional, no psicológica.

Conclusión

Al iniciar este trabajo, se partió de la constatación de Kennedy de que los jueces (constitucionales) resuelven los casos de forma ideológica, pero niegan hacerlo. Para el desarrollo de este trabajo se partió desde la premisa que toma distancia respecto a la postura de Kennedy, al apelar que este autor equivoca su identificación de la causa de esa negación.

A fin de justificar esta diferenciación en el análisis, se partió por desarrollar las tres tipologías de juezas que Kennedy presenta: el activista restringido, el mediador y el bipolar. Es necesario recordar que estas tipologías no se aplican a cualquier juez o, dicho de otro modo, el afán del autor es el de comenzar su caracterización de la jurisdicción a partir de los tribunales de apelaciones, específicamente, la Corte Suprema de Estados Unidos en los casos más resonantes.

El juez activista tiene un proyecto ideológico bien definido y actúa en consecuencia, intentando encontrar la interpretación de los materiales que sea más afín a él. A veces triunfa y a veces, no; pero cuando lo hace, realiza un cambio en los materiales y, en este sentido, su decisión implica la creación de derecho.

El juez mediador, por su parte, es un actor que deja que otros marquen su camino definiendo cuáles son los dos polos, liberal y conservador, entre los cuales ha de encontrar su respuesta. El mediador, como lo sugiere su nombre, elige siempre la interpretación intermedia o moderada entre los dos polos. Finalmente, el juez bipolar es un agente libre en el sentido en el que no se siente particularmente atado por ninguno de los polos y decide a veces según uno y a veces según otro. Probablemente, tras una

seguidilla de fallos liberales, este juez comience una serie de fallos conservadores. Los tres tienen en común que ellos emiten sus sentencias con un alto grado de contenido ideológico escondido tras la pretensión de neutralidad y necesidad jurídica.

Como la causa de esta negación es, tanto para Kennedy como para el autor del análisis expuesto en estas páginas, un conflicto en el rol del juez. El paso siguiente fue caracterizar qué es la jurisdicción para este autor. Dado que él no es del todo explícito en este tema, se hizo necesario extraer el concepto de aquello que es común a sus tres jueces: la idea de que ellos deciden casos en forma autoritativa conforme a los materiales.

Sin embargo, esta noción es incompleta en tanto que deja abierta la cuestión sobre cuáles son los materiales conforme a los cuales los jueces han de decidir. Para entender este punto, se analizó sucintamente el caso de *Brown vs. Board of Education*, y la conclusión fue que los materiales que ligán a los jueces de los tribunales de apelación y la Corte Suprema, en los casos que cita Kennedy, es la Constitución Nacional y sus cláusulas. Esto significa que la jurisdicción, a partir de la cual Kennedy construye su análisis, es la jurisdicción constitucional. La dificultad que surgió en este punto fue que es difícil, por la gran abstracción que las cláusulas constitucionales tienen, entender que ellas restringen o limitan en alguna medida las decisiones jurisdiccionales. De hecho, jueces constitucionales con distintas ideologías políticas pueden llegar a conclusiones opuestas a partir del mismo texto.

Tras verificar esta dificultad, y a fin de entender mejor por qué surge, se abordó la cuestión de la interpretación constitucional. Al hacerlo, se adhirió a la tesis de Dworkin de que la Constitución solo puede ser leída (= interpretada) moralmente (= ideológicamente). Para mostrar la diferencia que existe entre un juez que aplica la Constitución y uno que aplica una ley común, se comparó *Brown vs. Board of Education* con el caso imaginario de un desalojo por vencimiento del contrato. El desarrollo de este abordaje buscó fundamentos para entender que la cláusula primera de la catorceava enmienda de la Constitución de los Estados Unidos es una cláusula abstracta que invoca principios de decencia pública y justicia, mientras que el artículo 1223 del C.C.C.N. es una norma mucho más concreta. Mientras que la primera deja un margen gigante de apreciación ideológica, la segunda reduce el rol de la ideología de forma significativa hasta convertirla prácticamente en irrelevante. Esto significa que hay una diferencia cuantitativa enorme entre la jueza que debe aplicar un estándar constitucional¹⁸ y el juez que debe aplicar un estándar legal.

Esta diferencia implica que uno solo podrá decidir de forma ideológica, partisana, mientras que el otro puede fallar en forma imparcial y neutral. Respecto de este último, el argumento es que tiene sentido que su estructura sea la de un Tribunal; respecto del primero, esta estructura no tiene sentido, sino que la de una Legislatura parece ser mucho más eficiente para identificar la mejor comprensión de los principios básicos de moralidad pública y política (= aplicar cláusulas constitucionales). A pesar de esto, ambos órganos, la Corte Suprema y el juez civil (o penal, comercial, laboral, etcétera) tienen la misma estructura. Se finalizó ese apartado con una posición escéptica respecto

¹⁸ Esta no es una afirmación absoluta. Por supuesto, hay textos constitucionales formulados con un lenguaje sumamente preciso, como los referidos a los requisitos para ser presidente. Sin embargo, estos textos se encuentran, generalmente, en la parte orgánica de la Constitución, mientras que las declaraciones de derechos son, en general, redactadas en los términos abstractos a los que se alude en el cuerpo del artículo.

de la calidad de “juez” que revisten los jueces constitucionales. ¿Por qué, entonces, los jueces constitucionales niegan el contenido ideológico de sus sentencias?

Esa pregunta llevó a retomar a Kennedy y a explicar cuál es, para él, la causa de la negación. Se trata de una causa psicológica, propia de la vida desarrollada en las particulares condiciones de la modernidad. Él identifica correctamente que hay una contradicción en el rol del juez, pero entiende que hay algo en su autocomprensión que los lleva a incluir en sus decisiones la ideología, aunque se supone que no deberían hacerlo, esto respondería a la contradicción propia de la modernidad y posmodernidad.

La causa de la contradicción es institucional, surge en la medida en la que el juez constitucional¹⁹ sabe que, como juez, debe fallar imparcialmente, de modo ideológicamente neutral, sin embargo, el tipo de conflicto que se espera que resuelva es uno que solo puede ser resuelto de forma ideológica. Aquí está la contradicción.

¿Por qué negarla, pues? ¿Por qué no admitir que esos fallos tienen, en verdad, un alto contenido político? La respuesta es que aceptar esta verdad implica aceptar que cuando la Corte de Estados Unidos aplica la (parte dogmática o declarativa de derechos de la) Constitución para resolver, por ejemplo, la constitucionalidad de una ley de segregación racial entre estudiantes de escuelas públicas está invadiendo las competencias del Congreso y ejerciendo atribuciones que solo corresponden al órgano legislativo. Implica aceptar que su fallo es ilegítimo por no haber respetado las reglas que regulan la actuación de la propia Corte. Por lo tanto, la causa de la negación no es psicológica sino institucional.

¹⁹ Si se sigue a Atria y conforme a lo explicado, la idea de jurisdicción constitucional es una contradicción en los términos. Para un análisis más exhaustivo, puede consultarse su obra: Atria, 2016, pp. 301-341.

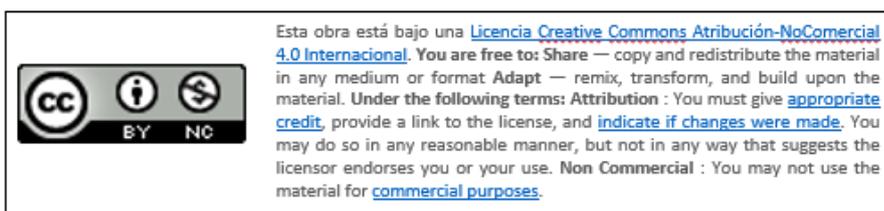
Referencias bibliográficas

Atria, F. (2016). *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Dworkin, R. (2005). *Freedom's Law: The moral reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press.

Kennedy, D. (2010a). *Izquierda y Derecho: Ensayos de teoría jurídica crítica*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Kennedy, D. (2010b). "El comportamiento estratégico en la interpretación jurídica". En *Izquierda y Derecho: Ensayos de teoría jurídica crítica*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.



DOI: 10.5281/zenodo.3722601