

Los jueces ante el pueblo. Sobre Cómo hacer funcionar nuestra democracia, de Stephen Breyer

*The Judges Before the People.
On Making Our Democracy Work:
A Judge's View, by Stephen Breyer*

JUAN LUIS HERNÁNDEZ MACÍAS

No hay en la historia reciente de la justicia constitucional contemporánea evidencia del diálogo académico entre dos jueces constitucionales supremos en activo. Stephen Breyer, juez asociado de la Corte Suprema de los Estados Unidos, y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, rompen este dañino silencio con la traducción al español de *Making Our Democracy Work: A Judge's View*, del primero (*Cómo hacer funcionar nuestra democracia. El punto de vista de un juez*). Traducción de Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2017, 339 páginas). La traducción de la voz de un juez de la Corte Suprema de Estados Unidos no solo acerca al lector hispanohablante –independientemente de su profesión– al conocimiento de la jurisprudencia de uno de los tribunales supremos más influyentes en la generación de derecho constitucional en el mundo, sino que enciende una alerta para que los ciudadanos emprendan la labor de auscultación y exigencia de rendición de cuentas a sus jueces constitucionales. Para Breyer, como veremos, la ruta del cambio hacia sociedades más justas e igualitarias puede venir desde la justicia.

El título es, de suyo, sugestivo: ¿pueden los jueces hablar sobre democracia?, ¿no es esa una tarea de los polítólogos o de los representantes populares? Larga y tajante ha sido la tradición desde la cual ha sido casi unánimemente aceptado que los jueces, desde el talante especializado que la educación jurídica les ha dado, únicamente están habilitados para decir el Derecho o la jurisprudencia. No obstante, la tradición filo-

sófica de finales del siglo XX ha avanzado teorizaciones que colocan en el centro de los problemas del Derecho no solamente problemas sobre la interpretación de este, sino también de la moral (Nino, 1997).

Así, un derecho cargado de valores es lo que los textos constitucionales contemporáneos han puesto en las manos de los jueces. Textos densos plagados de principios que delinean los ideales últimos del pueblo sobre la mejor forma de decidir lo público. Irónicamente, estas decisiones han sido delegadas en la rama menos democrática del Estado: los jueces.

¿Es posible obtener una radiografía histórica a partir de las sentencias de un tribunal supremo cuando dirime este tipo de controversias? Esa es, justamente, la intención de Breyer con este libro. Para el autor, la historia de la polarización ideológica comúnmente identificada como la izquierda y la derecha es una dicotomía que no solo encuentra arena para la confrontación en las urnas, sino desde la discusión en el seno judicial.

Si bien este libro no es el primero que se escribe sobre las sentencias más importantes de la Corte Suprema desde la perspectiva histórica con pretensiones explicativas hacia el presente de una nación (Kramer, 2004; Friedman, 2009), lo cierto es que sí es de los pocos que se han hecho desde la mirada de una de las personas involucradas en la propia toma de esas decisiones.

Para Breyer, la línea del tiempo de los precedentes seminales de la Corte Suprema de Estados Unidos se dibuja de manera paralela a la historia política de ese país. En ocasiones, es el derecho constitucional el que define el destino de la política, construyendo así una dicotomía codependiente: la Corte no es un mero instrumento para la democracia, la Corte es parte de esta.

En esta empresa, el autor parte de un momento fundacional: *Marbury v. Madison*, o bien, el nacimiento del control de constitucionalidad de las leyes y, con este, un debate ríspido que se ha prolongado desde 1803 hasta nuestros días y que ha generado una de las discusiones más ricas de la academia jurídica: la tensión entre democracia y constitucionalismo.

Dred Scott v. Sandford es el segundo estadio en el recuento de Breyer. Para él, 1857 se define a partir de una de las peores sentencias de la his-

toria de la Corte Suprema, una sentencia que, además, fue la causa que detonó la guerra civil estadounidense. Una vez más, la historia le pasó factura a los jueces supremos, quienes consideraron que los esclavos no eran titulares de derechos como auténticos ciudadanos en igualdad de condiciones.

Los jueces, dice Breyer, se juegan su legitimidad en cada sentencia. Es un error pensar que esta viene dada por el solo hecho de asumirse como últimos intérpretes de la Constitución. Para el autor, esta polémica se resuelve a partir de la compresión de que los jueces deben forjar su legitimidad a partir de su entendimiento jurídico de los problemas que se les plantean y de cómo es posible mantener una batalla abierta por los derechos. Ambas tareas no son sencillas, pues deben también desplegarse en la justa deferencia a la palabra democrática. A partir de estos criterios, y no de cálculos políticos, es que se construye la confianza en las decisiones de una Corte Suprema. Buscarla en otro lado sería un riesgo que los jueces, como *malos meteorólogos políticos*, no se pueden permitir.

Así, Breyer se cuestiona qué es lo que genera las condiciones para que una sociedad polarizada o incluso las ramas electas del Estado confíen ciertas decisiones a la Corte Suprema y acaten sus resultados de manera pacífica. Decisiones que, además, se plantean en extremos ideológicos aparentemente irreconciliables. La respuesta del autor apunta hacia la imparcialidad y la consistente búsqueda de la defensa de los derechos de las personas y esto lo ejemplifica con dos grandes casos: *Roe v. Wade* y *Bush v. Gore*.

Resolver *Roe* o *Bush* implicaba declarar el triunfo de un ala ideológicamente opuesta a la otra. En ambos casos era difícil presentar matices o colocarse en justos medios, finalmente, resolver controversias es lo que hacen los tribunales. El desenlace es conocido: el reconocimiento del derecho a interrumpir el embarazo con base en la decimocuarta enmienda y la negativa del recuento de votos en Florida con base en la cláusula de igual protección de la ley. El desacuerdo razonable no se hizo esperar, ambas sentencias fueron poco populares en ciertos sectores y, sin embargo, fueron respetadas y debidamente acatadas sin violencia.

El poder judicial no tiene espada y no controla el tesoro. No cuenta con medios de coacción para hacer cumplir sus determinaciones. Esto llevó a Alexander Hamilton, en los albores del nacimiento de la Consti-

tución de Estados Unidos, a decir que el judicial sería el menos peligroso de los departamentos del Estado. Siglos después, no estoy seguro si alguien podría afirmar algo así de manera tajante, sobre todo en contextos de sociedades modernas que día con día se definen más a partir del conflicto que del consenso. Si este conflicto moral llega ocasionalmente al escritorio silencioso del juez constitucional debe ser, al menos, una cuestión a considerar con miras a las libertades civiles y las formas de vida de quienes integran estas sociedades plurales.

La Suprema Corte mexicana: su Historia y su Derecho

Escaros han sido los trabajos académicos que han logrado problematizar la jurisprudencia de una Suprema Corte mexicana que sirvió históricamente a los intereses del partido del gobierno hegemónico. Quizás en ese momento, como dice irónicamente Cossío (2014), la Constitución, el régimen y la revolución significaban todas lo mismo. Hoy, este panorama es distinto y Breyer, desde su propia experiencia, nos alerta sobre este cambio. Es necesario que los jueces acudan a una discusión de la cual han estado ausentes: la democracia. Y para esto, no es fatalmente necesario que salgan a las calles, a las cámaras de televisión o a las urnas. Tampoco es necesario que atiborren las revistas especializadas o las librerías. Su principal canal de comunicación son sus sentencias.

Hoy, los jueces de la Constitución deben recordar su papel frente a esta. Tienen a su cargo la interpretación del manual del ciudadano. El pueblo les ha prestado un agregado de principios y reglas para la convivencia política. Los designó árbitros del juego de la democracia e intérpretes de los derechos individuales y colectivos. La construcción de la democracia en sede judicial no es una tarea sencilla y desde luego tampoco escapa de una cada vez más acalorada discusión académica sobre su pertinencia. Las batallas ideológicas del siglo XXI cada vez (re)claman más la intervención de los poderes judiciales sobre cuestiones que hoy dividen a las sociedades, sobre todo cuando de la defensa de las minorías se trata. La tarea de ofrecer respuestas temporales a los grandes problemas morales desde la interpretación de los valores democráticos no es, hoy, una empresa sencilla.

Acompañando esta labor, los jueces esperan una academia comprometida con la evaluación de su trabajo. La obra de Breyer, si bien se

escribe desde la perspectiva de un juez constitucional, se encuentra respaldada por un acompañamiento académico que concluye con el examen histórico de las decisiones de la Corte Suprema de su país. En otras palabras, Breyer no escribe solo. Hoy, las universidades de Estados Unidos se han preocupado por financiar prestigiosos programas de investigación permanentes sobre las decisiones de su Corte Suprema. La *gran prensa* de ese país sostiene una larga tradición de periodistas especializados en el análisis de su trabajo cotidiano, desde la admisión del *certiorari*, pasando por las audiencias públicas, hasta el dictado de sus sentencias. El reto profesional de ingresar a trabajar a la Corte estadounidense no es sencillo cuando tienes la pluma crítica de periodistas como Adam Liptak o Linda Greenhouse que, seguramente, conocen y entienden mejor a la Corte que los propios letrados.

Así, pienso que del testimonio de Breyer no podemos sino aprender. Muchas preguntas son las que tendríamos que plantearnos tras la lectura de *Cómo hacer funcionar nuestra democracia*: ¿tenemos un tribunal constitucional que mejore la calidad de la democracia en México?; ¿tenemos canales deliberativos que hagan que las decisiones de nuestra Suprema Corte lleguen al pueblo de manera igualitaria?; ¿tenemos los medios de comunicación especializados que esta tarea exige?; ¿hay interés suficiente por parte de nuestro claustro académico en revisar constantemente la actividad de nuestra corte?; ¿es nuestra corte suficientemente transparente para propiciar esta evaluación?; ¿el diseño institucional de la Suprema Corte es noble con la búsqueda de estos fines? Estas preguntas tendrían que llevarnos hacia la reflexión de la gran pregunta que está detrás: ¿por qué la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos es tan diferente a la nuestra? La Suprema Corte mexicana, desde su papel de tribunal constitucional, resuelve una cantidad abrumadora de casos anualmente, un promedio que oscila entre cinco mil.

Si queremos aventurar respuestas a estas preguntas habría que echar un vistazo al pasado: en 2007, Ana Laura Magaloni y Arturo Zaldívar publicaron un texto en el que se posicionaron abiertamente por una Suprema Corte mexicana que dejara atrás sus aspiraciones de convertirse en un tribunal constitucional *a la europea*, es decir, en un tribunal inscrito de lleno en el paradigma del legislador negativo kelseniano (Magaloni y Zaldívar, 2007; Kelsen, 2001). Para los autores, esa empresa

era buscar el agua en el desierto. El control abstracto de constitucionalidad de las leyes, dijeron, no ha salido bien aireado tras los estudios en retrospectiva en cuanto a la generación de jurisprudencia de derechos. A este diagnóstico se suma el hecho de que, contrario a los orígenes que la Constitución de Viena inspiró, los tribunales supremos de Europa hoy están concentrando sus esfuerzos para decidir casos de derechos desde el control concreto, es decir, a partir de casos de carne y hueso.

Magaloni y Zaldívar concluyeron con tres puntuales propuestas que apuntan claramente a que la Suprema Corte mexicana adopte un papel muy parecido al de la Corte Suprema de los Estados Unidos: *a) cambio en la metodología de argumentación de casos, b) uso estratégico de la facultad de atracción para constituirse en un tribunal que controla la aplicación de la ley y c) un ejercicio de liderazgo en el proceso de generación y revisión de la jurisprudencia de Tribunales Colegiados.* Desde su perspectiva, la Corte mexicana tendría que emprender una labor estratégica desde su posición como vértice superior de la pirámide judicial del país, esto principalmente a partir de un uso meditado de su facultad de atracción que le permita resolver casos que en su aletargada cotidianidad no podría resolver.

Tras varios años de aquella propuesta, no se conocen estudios que hayan analizado su viabilidad. Arturo Zaldívar, desde su posición como juez constitucional supremo, ha sido congruente con su invitación y ha permitido que principalmente la Primera Sala de la Suprema Corte resuelva casos de derechos desde el control concreto de constitucionalidad. En otras palabras, estos casos han permitido que la corte mexicana genere derecho constitucional. No es casualidad que los casos más mediáticos y polémicos que resuelve la Suprema Corte provengan precisamente del uso estratégico de la facultad de atracción y tampoco lo es que muchos de estos casos emblemáticos se hayan atraído a propuesta de Zaldívar.

¿Tenían razón Zaldívar y Magaloni? ¿Es este el modelo de suprema corte al que debemos aspirar en aras de un tribunal cuya producción de jurisprudencia de derechos sea más rica? A ciencia cierta no lo sabemos. El juicio del tiempo y la investigación académica nos lo dirán.

Sin embargo, es justo esta la invitación que hace Breyer desde su libro: los casos que resuelve un tribunal supremo no deben ser vistos como fenómenos disociados del contexto histórico del país en el que se

emiten. Ello, en el fondo, implicaría sostener que los tribunales constitucionales no son protagonistas de las discusiones públicas, o aún peor, que sus resoluciones son, en términos de moral pública, neutrales.

Afortunadamente, en México este no ha sido el caso. El recuento reciente de la Suprema Corte, especialmente después de su reestructura tras la reforma judicial de 1994, nos muestra una serie de casos que podríamos llamar un despertar del poder judicial como órgano con independencia paulatina tanto de sus diseñadores como de los gobiernos que ha visto.

Si bien creo que tendríamos que ser cautelosos en el diagnóstico final, podemos contar casos seminales en la justicia constitucional contemporánea en México que han logrado abrir discusiones morales importantes.

Por ejemplo, los amparos en revisión que han reconocido a la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo como una violación al principio de igualdad y no discriminación (SCJN PS, 2014). La acción de inconstitucionalidad que declaró la constitucionalidad de la interrupción legal del embarazo en la Ciudad de México (SCJN Pleno, 2008). El amparo que determinó que el consumo de marihuana con fines lúdicos debe reconocerse como una expresión del libre desarrollo de la personalidad (SCJN PS, 2015). Estos, en la lógica de Breyer, serían los casos en que la Suprema Corte mexicana ha construido su legitimidad a partir de la garantía de los derechos de las personas.

Sin embargo, no han sido únicamente casos de derechos los que han avanzado la legitimidad de este tribunal, esto, pues su carácter de árbitro del juego institucional le ha permitido ejercer control horizontal de manera constante. En este punto, debe considerarse el Caso Radilla como un caso seminal que abrió un sinnúmero de discusiones en torno al control difuso y a la transición de jueces de legalidad a jueces de la Constitución (SCJN Pleno, 2011). El punto esencial en casos de esta naturaleza es la concepción que se ha construido de la Constitución como una auténtica norma jurídica con derechos y obligaciones justiciables. Un buen ejemplo de esta cosmovisión jurídica es la sentencia que, ante una omisión legislativa del Congreso Federal, vinculó al órgano legislativo a emitir una ley como consecuencia de una obligación autoimpuesta que históricamente se había considerado como una norma exenta de control judicial (SCJN PS, 2017).

Es cierto que la labor de la Suprema Corte mexicana no ha estado del todo libre de casos trágicos, de hecho, tampoco la Corte Suprema de Estados Unidos ha logrado salir limpia de ese pantano. Sin embargo, la llamada de atención de Breyer no pierde sentido en tanto no se construye a partir del simplismo de considerar a los tribunales como tipos ideales. Al contrario, la invitación a la lectura de las sentencias de las cortes supremas, en clave histórica, adquiere sentido para hacer retroalimentación de lo que, en ese momento determinado, se consideró bueno o malo para la democracia.

Así, en el rubro de casos trágicos no nos encontramos precisamente en un terreno árido. Si la Corte Suprema de Estados Unidos tuvo su *Dred Scott*, la de México puede dar cuenta, al menos, con un par de decisiones para el olvido: pienso en el caso conocido como *el poeta maldito* de la Primera Sala (SCJN PS, 2005), donde se consideró constitucional el delito de ultrajes a las insignias nacionales¹ después de que Sergio Witz publicara un poema titulado “La patria entre mierda”. Creo que, en este caso, la jurisprudencia de libertad de expresión de la Suprema Corte dio un tropiezo desafortunado.

El segundo caso trágico debe de ser el paquete de revisiones de constitucionalidad de consultas populares resueltas en noviembre de 2014 por el Pleno de la Suprema Corte (SCJN Pleno, 2014). En tres sesiones públicas, la Corte declaró inconstitucional la posibilidad de que la ciudadanía se pronunciara, en un ejercicio de democracia directa, sobre su postura específica en tres temas de incuestionable relevancia nacional: el salario mínimo, el tamaño del Congreso de la Unión y la reforma energética. No solo la Corte cerró una vía importante para el diálogo constitucional entre ciudadanos, representantes y jueces, sino que, desde una posición francamente elitista, determinó quiénes sí y quiénes no pueden opinar sobre tales temas.

Dos casos trágicos que, sin embargo, se acataron en sus términos. Nadie asistió a exigir el linchamiento mediático de los once jueces y juezas constitucionales. Nadie pidió su renuncia y nadie llamó al desacato. Nadie dijo, como el expresidente de Estados Unidos Andrew Jackson, “John Marshall ya tiene su sentencia, que vaya a ejecutarla él”.

¹ Artículo 191 del Código Penal Federal.

En esta dicotomía de sentencias aplaudidas y otras tantas desagradables, el ministro Gutiérrez Ortiz Mena, en su prólogo, hace un llamado a la medida: ambas cortes supremas, la estadounidense y la mexicana, han construido su legitimidad a partir de sus sentencias y, sin embargo, esto no debería dar pie a pensar que esta ha llegado para quedarse. La legitimidad de un tribunal, dice Gutiérrez, no debe darse por sentada y requiere un trabajo de permanente evaluación. Un tribunal como la Suprema Corte, cuyo empoderamiento solo se ha ensanchado a partir de la reforma judicial de 1994 y que ostenta cada vez más facultades de control constitucional que le permiten intervenir en cuestiones de moral pública, merece una exigencia de rendición de cuentas solo proporcional a ese poder.

Breyer y Gutiérrez Ortiz Mena no son jueces constitucionales tan distintos. En sus votos es posible observar un modelo de juez que se preocupa por dialogar con la cláusula democrática. Ambos entienden que la labor del juez es también la de garante de la democracia, es decir, un juez como agente aduanero que se preocupa por permitir que todas las personas –sin discriminación– tengan acceso a las decisiones en pleno autogobierno. Ambos, liberales igualitarios. Sus votos en la protección de minorías en situaciones vulnerables han sido consistentes. Ejemplos los hay, en sus posturas respecto del matrimonio igualitario, los derechos de las mujeres a permanecer libres de violencia de género y el derecho a un debido proceso de las personas sometidas a la jurisdicción penal del Estado.

En México, no hemos definido si este es el modelo de juez de queremos. No sabemos si es deseable tener más personas como Breyer o Gutiérrez Ortiz Mena, en el asiento de la corte. Esa discusión está ausente y es muy necesaria. Un día, el pueblo y la opinión publicada claman por jueces que no se autorrestrinjan en cuanto a los límites de las cuestiones que puedan estar en su conocimiento. Al otro día, se denuncia al juez activista, al juez con agenda, al juez parcial. Varias cuestiones nos quedan claras tras la lectura de la obra de Stephen Breyer; sin duda la más importante es llegar a comprender que el modelo de juez que exijamos será afín a la democracia que decidamos hacer funcionar.

Referencias bibliográficas

- Breyer, Stephen, 2010: *Making Our Democracy Work: A Judge's View*. Nueva York, Vintange Books. Citado por la traducción castellana de Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena: *Cómo hacer funcionar nuestra democracia. El punto de vista de un juez*. Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2017.
- Cossío Díaz, José Ramón, 2014: "Nada que celebrar". *Nexos*, en línea: <https://www.nexos.com.mx/?p=18389> [24 de mayo de 2018]
- Friedman, Barry, 2003: *The Will of the People*. Nueva York, Farrar, Straus & Giroux.
- Kelsen, Hans, 1928: "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)". *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, Paris, tomo 45, año XXXV, pp. 197-257. Citado por la traducción de Rolando Tamayo y Salmorán: *La garantía jurisdiccional de la Constitución: la justicia constitucional*. Ciudad de México, IIJ-UNAM, 2001.
- Kramer, Larry, 2004: *The People Themselves*. Nueva York, Oxford University Press.
- Magaloni, Ana Laura y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 2007: "El ciudadano olvidado", en Vázquez, Rodolfo (coord.), *Corte, jueces y política*. Ciudad de México, Fontamar-Nexos, pp. 111-120.
- Nino, Carlos Santiago, 1997: *La Constitución de la democracia deliberativa*, trad. de Roberio Saba. Barcelona, Gedisa.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, Tribunal Pleno (SCJN Pleno), 2008: Acción de inconstitucionalidad 146/2007.
- , 2011: Varios 912/2010.
- , 2014: Revisión de constitucionalidad de la materia de una consulta popular 1/2014, 2/2014, 3/2014 y 4/2014.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, Primera Sala (SCJN PS), 2005: Amparo en revisión 2676/2003
- , 2014: Amparo en revisión 152/2013.
- , 2015: Amparo en revisión 237/2014.
- , 2017: Amparo en revisión 1359/2015.

Recepción 28/5/2018
Aceptación 14/8/2018