

# Los peligros de un poder judicial en manos de la extrema derecha.

## Entrevista

---

**Cass Sunstein** 11/02/2007

**J.J. Helland entrevistó al prestigioso constitucionalista Cass Sunstein en *salon.com*, poco antes de que Bush nombrara al ultraconservador juez John Roberts presidente de la Corte Suprema de los EEUU.**

Imagínese esto: un buen día de un futuro no muy lejano usted se despierta y descubre que los derechos constitucionales de que siempre había gozado han sido drásticamente recortados, o incluso eliminados sin más. El país en el que usted vive –EEUU— ha dejado de respetar el derecho individual a la privacidad. El estado de Utah ha instituido el mormonismo como religión oficial. Y muchas cláusulas de importantes derechos ambientales, civiles y laborales han sido suprimidas como anticonstitucionales. Y todo eso no sólo es perfectamente legal, sino que viene avalado por la Constitución.

Tal es el terrorífico escenario que el profesor de la Universidad de Chicago Cass Sunstein fantasea en la introducción a su libro "Radicals in Robes: Why Extreme Right-Wing Courts Are Wrong for America." [*Radicales togados: porqué una Corte Suprema dominada por la extrema derecha es dañina para América*]. Y no resulta demasiado implausible. Con dos vacantes en la Corte Suprema, los conservadores tienen la oportunidad de lograr un drástico giro a la derecha. Y si la Corte llegara a verse dominada por jueces fundamentalistas como Antonin Scalia y Clarence Thomas, la "revolución federalista", como se la conoce en la jurisprudencia estadounidense, resultaría en una transformación radical de la Constitución y del concepto de libertad tal como lo conocemos.

Fundamentalistas como Scalia y Thomas, escribe Sunstein, creen que "la Constitución tiene que interpretarse de acuerdo con su significado original", es decir, que deberíamos leer la Constitución de la misma forma que la leía la gente cuando los documentos fundacionales fueron ratificados. Sunstein cree que eso sería desastroso para EEUU; una inflexión derechista "desestabilizaría radicalmente no sólo nuestros derechos, sino también nuestras instituciones", escribe, y los fundamentalistas "estarán más que dispuestos a leer el documento fundacional como si de una plataforma partidista se tratara".

A despecho de su título, *Radicales togados* no es una diatriba izquierdista. Sunstein critica la

“arrogancia judicial en todas sus formas, conservadoras o liberales de izquierda”. Y a pesar de las odiosas implicaciones del fundamentalismo descritas en su libro, Sunstein admite que la otra parte no carece tampoco de problemas. El “perfeccionismo liberal”, y su laxa fidelidad a la Constitución, constituye a menudo un blanco de ataque adecuado para los conservadores. Situándose él mismo en un punto intermedio, Sunstein arguye a favor de un enfoque judicial “minimalista” que escape al dogma político, que se atenga a los precedentes jurídicos y que nunca esté demasiado seguro de su propia rectitud. “El minimalismo hace posible que las gentes estén en desacuerdo cuando el acuerdo es necesario, e innecesario estar de acuerdo cuando el acuerdo es imposible”, escribe.

En *Radicales togados* Sunstein acomete una instructiva descripción del paisaje jurídico norteamericano y ofrece una narración alertadora de lo que ocurriría si los fundamentalistas de la derecha extrema lograran asegurarse una mayoría en la Corte Suprema. *Salon.com* habló con él por teléfono también sobre su nuevo libro *El juez John Roberts y los problemas del caso Roe v. Wade*.

*A pesar del título –Radicales togados—, me sorprendieron la moderación y el tono medido del libro.*

Al escribir el libro oscilé entre mis impulsos más básicos –que me inducen a tratar todos los puntos de vista con respeto, a no acusar a nadie de nada y a ser generoso con quien discrepo— y el impulso opuesto, que dice que los fundamentalistas juegan a menudo de manera partidista cuando pretenden legislar. El libro nació de la idea de que los fundamentalistas son a veces hipócritas y no se molestan en defender su posición. Yo espero que el impulso caritativo sea el que domine en el libro.

*Sin embargo, usted alerta sobre lo que ocurriría en EEUU, si los fundamentalistas llegaran a dominar la Corte Suprema. ¿Qué sería de EEUU, si los fundamentalistas se salieran con la suya y a todos esos estados se les permitiera aprobar las leyes que les dieran la gana?*

Si, por caso, la separación entre la iglesia y el Estado fuera abolida en el nivel de los estados, tendríamos realmente luchas terribles entre grupos religiosos concurrentes. Eso movería a los EEUU, en el plano de los estados, en una dirección parecida a la que ahora observamos en Irak, en donde diferentes gentes con diferentes identificaciones étnicas y religiosas se enfrentan.

*¿Qué papel jugará aquí la reciente muerte del juez Rehnquist, sobre todo ahora que se habla del juez Roberts como candidato a ocupar su plazo como presidente de la Corte Suprema?*

El traspaso de Rehnquist obviamente pone las cosas al rojo. Ahora se le ofrece al presidente Bush la ocasión de alterar la Corte de una manera decisiva. No sabemos cómo se comportará el juez Roberts, pero sabemos que es excelente, estimable y joven. Si se confirma como presidente de la Corte, tendrá una influencia considerable. [Muy poco después de esta entrevista, Bush nombró, en efecto al juez Roberts como presidente de la Corte Suprema. La segunda plaza vacante, la cubrió Bush también con el nombramiento de un juez ultraconservador, Samuel Alito. Bush pudo hacer estos nombramientos, porque el partido republicano controlaba el Senado, la cámara legislativa que debe dar el visto bueno a los nombramientos presidenciales para la Corte Suprema. *N.T.*] Si el siguiente nombramiento recae también en un joven conservador, la Corte se verá afectada por un

largo período de tiempo, particularmente si el conservador es de tendencia fundamentalista y [efectivamente, recayó en el ultraconservador juez Samuel Alito, N.T.].

*¿Cree usted que el juez John Roberts forma parte del movimiento fundamentalista?*

Roberts es evidentemente un hombre afable, una buena persona dotada realmente de una inteligencia de primer orden. Pero hay gentes como el juez Scalia que son también afables, buenos y de gran inteligencia, pero que, al menos en algunos extremos, son radicales. El juez Roberts parece ser muy jurista, no dado a asperezas, arranques coléricos o pronunciamientos rimbombantes. Por lo que hasta ahora ha podido observarse, parece más del tipo de Rehnquist que de Scalia o Thomas. Es decir, alguien desde luego conservador y que inclinará un tanto la balanza de la Corte. Pero tal vez sea más impredecible de lo que Rehnquist lo fue. Creo que es una opción de mucho interés, en parte por la ambigüedad. No parece alguien con un programa de acción claramente definido.

*Díganos algunas de las diferencias entre la interpretación liberal perfeccionista y la interpretación conservadora fundamentalista de la Constitución.*

Los liberales perfeccionistas son desde luego fieles al texto de nuestra Constitución. Lo que quieren es entender el documento, las “generalidades mayúsculas” –igual protección, proceso debido y castigo cruel e inusual— y poner esas generalidades de nuestra Constitución bajo la mejor luz posible dados nuestros valores actuales. Si la pena de muerte es un castigo cruel e inusual, entonces, dados nuestros valores actuales, tendríamos que acabar con la pena de muerte. Si los obstáculos al matrimonio entre personas del mismo sexo resultan contradictorios con la mejor interpretación de la igual protección, entonces deberíamos eliminar esos obstáculos. Este ha sido un punto de vista muy popular entre los liberales norteamericanos del último medio siglo. Los fundamentalistas piensan que eso da demasiado poder discrecional a los jueces, y que no es realmente fiel a la Constitución histórica. Quieren que el derecho constitucional lidie con una serie de cuestiones históricas, mientras que los perfeccionistas lo consideran una cuestión de valores que no requiere el uso de máquinas del tiempo para viajar al pasado.

*Y parte de la concepción fundamentalista del derecho constitucional tiene que ver con la distinción entre “significado originario” y “pretensión original” en sus interpretaciones jurídicas.*

Los mejores fundamentalistas insisten en esa distinción. La “pretensión original” pregunta: “¿Qué se propusieron los Padres Fundadores?” Los fundamentalistas piensan que es muy difícil saber qué se proponían unas personas determinadas, y en segundo lugar, que no importa lo que se proponían, porque las intenciones de los Padres Fundadores no tienen autoridad alguna. Lo que importa es el “significado originario” que tenía para las personas que la ratificaron o dieron a esos textos fuerza legal. Si hoy ratificáramos una cláusula constitucional que permitiera al Congreso proscribir la quema de la bandera, los fundamentalistas preguntarían que significan las palabras “proscribir” y “quema de la bandera”. Quieren preguntas sobre la común comprensión en la época, no sobre puntos de vista subjetivos en la cabeza de las gentes. Es una distinción sutil, pero no deja de ser importante. Supongamos que el Congreso aprueba hoy una ley. ¿Preguntamos lo que el Senador Kennedy y el

Senador Hatch *pretendían* con la ley? ¿O preguntamos cuál es el significado natural de la ley, dado el uso que se hace hoy del lenguaje?

*El presidente Bush invoca constantemente el término “estrictamente construccionista” cuando se refiere a jueces que le gustan o a filosofías jurídicas de su gusto. ¿Cómo se ha usado esa locución por parte del movimiento fundamentalista para hacerla más digerible a la opinión pública?*

El uso de la eufónica locución “estrictamente construccionista” es un camuflaje para un conjunto de opiniones harto radicales. Si se dijera “construcción radical” o “construcción de extrema derecha” no resultaría una descripción tan atractiva. Algunos republicanos extremistas han sido tremendos propagandistas, y han sido extremadamente buenos a la hora de encontrar locuciones que hacen parecer inocuos y aun maravillosos planes de todo punto radicales. No creo que el país tenga una idea adecuada de las implicaciones de su posición. Cuando se les pregunta: “¿No significa eso que al gobierno nacional le está permitido discriminar por motivos de raza?”, lo que hace es cambiar de tema, o complicarlo.

*¿Sólo los liberales tendrían que estar preocupados con este movimiento radical? ¿O deberían estarlo también los conservadores?*

Una de las mejores cosas que han pasado en estos últimos seis meses es que ha entrado en escena Arlen Specter. Él entiende cabalmente que los conservadores tienen mucho que perder si la Corte sigue con su programa de fijar límites al poder del Congreso. La Corte de Rehnquist ha anulado más de tres docenas de leyes del Congreso, como la Ley de Libertad Religiosa —que fue en gran parte una iniciativa conservadora—. Si la Corte hubiera anulado la prohibición de marihuana con fines médicos —y el juez Thomas quería anular la prohibición—, los conservadores se habrían molestado más que los liberales. La Guerra al Terror podría quedar comprometida en sus esfuerzos por involucrar a los estados en la protección de la seguridad nacional. Algunas de las decisiones de la Corte plantean cuestiones de este tipo. Hay montones de cosas que los conservadores querrían hacer desde el Congreso y que los fundamentalistas no les dejan hacer. Creo que Specter quiere preguntar al juez Roberts algunas cuestiones sobre eso.

*El su libro, usted plantea de manera muy expedita una lista de consecuencias potenciales que podría tener una mayoría fundamentalista en la Corte.*

Yo creo que el fundamentalismo significa actualmente que el gobierno nacional está autorizado a discriminar por razones de raza y género, y que el principio de igualdad no se aplica al gobierno nacional. Los fundamentalistas creen que no hay un derecho a la privacidad. Si el gobierno desea hacerse con su historial médico o bancario, no hay problema constitucional. Creen que los gobiernos de los estados pueden discriminar a su antojo por motivos de sexo. Creen que los gobiernos de los estados pueden ir por la senda de la segregación racial. Y muchos fundamentalistas creen que no tiene que haber oficinas reguladoras independientes.

*¿Qué papel juega en todo eso el movimiento religioso fundamentalista de este país?*

En mi libro no entro en el asunto de la derecha religiosa porque yo soy un profesor de derecho que no ha estudiado la dinámica política subyacente. Pero el hecho de que la palabra “fundamentalista” tenga un eco de fundamentalismo religioso no me preocupa. Lo que me preocupa de los fundamentalistas religiosos es que piensen que tienen a la ley mucho más en contra de lo que es realmente el caso. Actúan como si la Corte Suprema fuera una especie de amotinamiento antirreligioso, lo que es ridículo. La actual Corte Suprema simpatiza mucho más con las exigencias de la religión que cualquier otra Corte que haya habido en los últimos 40 años. También hay la percepción por parte de algunos fundamentalistas religiosos de que el pluralismo religioso es antiamericano, que el nuestro es un país cristiano, y que por eso nuestras leyes son buenas y naturales. Los jueces Scalia y Thomas han dado pasos en la dirección favorecida por la derecha religiosa, más que la dirección que recomiendan los mejores intereses de una democracia pluralista.

*Parecería que muchas de las posiciones del juez Thomas son muy radicales. Usted dice en su libro que este juez no vería con malos ojos que un estado instituyera para su territorio una religión oficial.*

Déjeme decirle algo sobre el juez Thomas. Está fuera de duda que posee una mente interesante y creativa, pero es una de las personas más extremistas que se ha sentado nunca en la Corte Suprema. Cree que la separación entre iglesia y Estado no vale para los estados; cree que la publicidad comercial debe recibir la misma protección que la expresión política; sugiere que la Corte debería empezar a liquidar las agencias y oficinas públicas porque actúan con demasiada discrecionalidad; toma la línea más dura concebible contra la reforma de la financiación de las campañas electorales, sin atender a la interpretación originaria de la Constitución; y dice que los programas de discriminación positiva tienen que ser anulados. Se le considera un compañero de Scalia, pero Scalia, con toda su bravuconería, se interesa por los antecedentes. Thomas no parece interesado en los antecedentes.

*¿Qué piensa usted de la Corte Warren?*

Creo que algunas de las decisiones de la Corte Warren fueron un tanto ajurídicas, y que fueron demasiado lejos demasiado rápidamente. En muchas áreas, los ideales de la Corte carecían de fundamentos constitucionales claros. El caso *Griswold v. Connecticut*, que creó el derecho general a la privacidad, era de este tipo de afirmación ridículamente débil. La Corte no halló una base constitucional clara para decir que la prohibición de los anticonceptivos dentro del matrimonio no era permisible. La corte se refirió a “penumbras” y “emanaciones” en el lenguaje del *Bill of Rights*. Pero el *Bill of Rights* no tiene “penumbras” y “emanaciones”; es sólo un catálogo de derechos. Habría sido mejor decir que la prohibición nunca había estado en vigor y que era como una invitación a la acción arbitraria e impredecible por parte de la policía, y de modo tal, que violentaba el imperio de la ley.

Creo también que la decisión “una persona, un voto” [*Baker v. Carr*, *Reynolds v. Sims*] —que en tantos aspectos fue un éxito— tenía raíces constitucionales muy débiles. La Corte respondía en este caso a asignaciones del poder de sufragio que eran racistas. Pero en vez de insistir en el principio de “una persona, un voto”, habría sido más razonable para la Corte una interpretación más estricta de la

Cláusula de Igual Protección. Habría bastado en este caso, por ejemplo, un fallo que prohibiera asignaciones de sufragio racialmente discriminatorias y arbitrarias, en vez de insistir en “una persona, un voto”.

*Oyendo esto, la persona promedio podría decir que no parece fundamentalmente equitativo.*

Puede ser, pero la Constitución no tiene una cláusula de equidad o justicia fundamental. Hay montones de cosas que son fundamentalmente injustas y que la Constitución no prohíbe, como estar privado de casa o morir de hambre, cosas, desde mi punto de vista, fundamentalmente injustas. Sin embargo, en este momento, yo no cuestionaría el principio de “una persona, un voto”. Los antecedentes tienen su importancia, y hace mucho tiempo que están ahí. Ha resultado un principio administrable y ha ayudado a corregir tanto la discriminación como la arbitrariedad. Pero aparecer con un principio que no tiene raíces claras en la Constitución es propiamente cuestionable.

*¿Cree que las decisiones extralimitadas de la Corte Warren pusieron el camino expedito a la Corte conservadora de Rehnquist?*

Yo no diría tanto. Al romper el siglo XX, la Corte Suprema anuló leyes de salario mínimo y de limitación de la jornada de trabajo, leyes protectoras de los sindicatos y leyes que prohibían el trabajo infantil. Los conservadores estaban ávidos de servirse en la Corte de disposiciones constitucionales ambiguas para promover objetivos derechistas. Luego de que los conservadores perdieran esa capacidad con la Administración Roosevelt, hubo en los 40 y en los 50 esfuerzos denodados para que la Corte hiciera lo que deseaba la derecha. La avidez conservadora por servirse del poder judicial para sus fines partidistas puso durante mucho tiempo en jaque a la Corte Warren.

*La decisión de la Corte Suprema de legalizar el aborto ha sido probablemente uno de los fallos más controvertidos de la época. A la vista de la división que sigue provocando el asunto del aborto, ¿cree usted que el fallo en el caso Roe v. Wade fue de uno u otro modo un error?*

El caso Roe v. Wade mismo fue probablemente un momento horrible para la política liberal, y casi con toda certeza creó la llamada Mayoría Moral. Al propio tiempo, el caso Roe desmovilizó el movimiento político por la libertad de opción y disparó el movimiento pro-vida por doquier. Sin el caso Roe, probablemente habría habido una Enmienda de Iguales Derechos, menos agitación en el proceso y compromisos más robustos con la igualdad entre sexos en general. Es absolutamente cierto que si la Corte se pone a la opinión pública en contra, puede perjudicar la causa que trata de promover.

*¿Cómo tendría que haberse procedido según usted en el caso Roe v. Wade?*

Yo creo que la Corte tendría que haber dicho, en los casos Texas y Georgia [parte de Roe v. Wade, T.], que esas leyes eran tan draconianas en su alcance que eran inconstitucionales. La ley de Texas no permitía el aborto ni siquiera en casos de violación. De manera que la Corte podría dicho meramente que no iba a entrar en generalidades sobre lo que dice la Constitución respecto del aborto, pero que las mujeres que han sido violadas tienen derecho a abortar. La ley de Georgia

ponía tales obstáculos procesales a las mujeres que querían abortar, que parecía invadir los intereses de las mujeres e iba mucho más allá de lo necesario para garantizar que la decisión era razonable y bien meditada. La Corte habría podido decir simplemente que la ley de Texas no contenía una excepción en el caso de violación, y que la ley de Georgia iba más allá de lo que es razonable y necesario para proteger la vida fetal. Y por esta vía se habría logrado un diálogo continuado entre los estados y la Corte Suprema sobre el asunto del aborto.

*¿Pero habría logrado ese “diálogo continuado” entre los estados y la Corte Suprema el amplio conjunto de derechos de aborto que la ley les da actualmente a las mujeres?*

Bueno, no caigamos en la trampa de leer la Constitución para que nos permita hacer todo lo que es bueno. Esa es la falacia del activista, tanto de izquierda como de derecha, que dice que si algo es muy bueno, entonces la Constitución lo exige. Aun si las gentes pro libertad de opción estuvieran en lo cierto, tenemos una Constitución que estamos leyendo aquí y ahora. No es verdad que el texto y la historia de la Constitución, en su tiempo, apoyaran claramente un derecho amplio a elegir el aborto. No estoy diciendo que habría que anular *Roe v. Wade*. No creo que deba ser anulado. Es ley ahora y desde hace mucho tiempo. Pero digo que, por puro interés propio en la causa, en decisiones como la de *Roe* el culatazo muchas veces es más fuerte que el disparo.

*Digamos, pues, que el fallo *Roe v. Wade* fue abordado desde una perspectiva minimalista: ¿dónde estaríamos ahora en lo que hace a los derechos de abortar?*

La Corte habría podido construir gradualmente algo muy parecido a *Roe v. Wade*, sin despertar nada parecido a la violenta reacción de la opinión pública suscitada por *Roe*. Podríamos haber acabado llegando a donde estamos a través de un proceso paulatino de decisiones caso por caso. Otra posibilidad es que la Corte hubiera permitido algunas restricciones a los derechos al aborto —más restricciones que ahora—, y veríamos alguna variaciones entre los estados. Algunos estados prohibirían básicamente el aborto, con excepciones para la violación y el incesto, pero el grueso de los estados permitiría el aborto, probablemente de modo harto libre. No tendríamos las intensas pugnas políticas que tenemos ahora, y las cosas serían más congeniales entre las gentes pro libre opción y pro-vida.

*Para terminar, ¿ha encontrado usted dificultades para tener algún tipo de diálogo con fundamentalistas, a pesar de que siendo como es usted un minimalista, coincide con algunas de sus críticas?*

Sí, he tenido dificultades. Muchos de ellos me resultan fundamentalistas dogmáticos y extremadamente arrogantes. Tienden a acusar a la gente que discrepa de ellos de tener mala fe, y piensan que la palabra “liberal” es lo bastante descalificante como para que se precisen ulteriores argumentos. Lo más que se puede esperar con ellos es que los que todavía son capaces de pensar se den cuenta de que su punto de vista ha de ser defendido con argumentos, y no simplemente espetado.

**Cass Sunstein**, profesor en la Universidad de Chicago, es un prestigioso constitucionalista

norteamericano. Ha sido uno de los más conspicuos defensores en los últimos lustros de una concepción iusrepublicana de la vida política, un crítico interesante de la filosofía política académica de impronta liberal y un devastador polemista anticonservador. La revista electrónica neoliberal-ultraconservadora *Liberty Corner* le mantiene desde hace tiempo en el número 1 de su lista de “pensadores infames”. Uno de sus últimos libros traducidos al castellano es *República.com*, Barcelona, Paidós, 2003.

**Traducción para [www.sinpermiso.info](http://www.sinpermiso.info): Amaranta Süss**

**Si le ha interesado este artículo, recuerde que sinpermiso electrónico se ofrece semanalmente de forma gratuita y considere la posibilidad de contribuir al desarrollo de este proyecto político-cultural con una DONACIÓN**

**Fuente:** salon.com, septiembre 2005

**URL de origen (modified on 20/09/2015 - 22:07):** <https://www.sinpermiso.info/textos/los-peligros-de-un-poder-judicial-en-manos-de-la-extrema-derecha-entrevista>