

## **Jueza Elena Kagan: El Poder Judicial juega un papel importante en las Nuevas Democracias**

Los nueve jueces de la Corte Suprema de Justicia no poseen militares, ni policía, ni ninguna autoridad presupuestaria a su disposición. Sin embargo, por más de dos siglos, la Corte ha sido la guardiana indiscutible de la Constitución de los Estados Unidos. Este rol la ha obligado frecuentemente a enfrentarse cara a cara con presidentes Americanos con gran poder – desde Thomas Jefferson hasta Barack Obama – declarando la nulidad de leyes y decretos administrativos que implicaban un exceso de sus facultades constitucionales.

¿Cómo ha podido la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos establecer y preservar su independencia? Y ¿Existe alguna lección que los países que están luchando para establecer el Estado de derecho y la independencia de sus Poderes Judiciales puedan aprenderse de esta experiencia?

En una exclusiva entrevista en la central de RFE/RL en Praga, el corresponsal Brian Whitmore conversó sobre estos temas con Elena Kagan, Jueza de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Antes de asumir como Jueza de la Corte Suprema en el 2010, Kagan trabajó como Procuradora General en la administración del Presidente Obama y como decana de la Facultad de Derecho de Harvard.

**RFE/RL: Empecemos con lo más básico. La mayoría de los países a los que RFE/RL transmite están intentando, unos con mayor éxito que otros, de mejorar la independencia del Poder Judicial. Algunos afirman que cuentan con un Poder Judicial independiente, pero realmente eso no es verdad. Otros ciertamente están tratando de concretar esa independencia, pero han fracasado en el intento hasta ahora. Además existen algunas raras excepciones que han logrado dicha independencia. ¿Cómo se logró realmente desarrollar un Poder Judicial independiente en los Estados Unidos? ¿Cuáles fueron los principales obstáculos a lo largo del camino? ¿Existen lecciones de los primeros años de la República que pudieran ser útiles para aquellos países que actualmente luchan por conseguir la independencia de su Poder Judicial? ¿La independencia del Poder Judicial en los Estados Unidos ha sido producto de la sabiduría de los Fundadores o ha sido simplemente suerte?**

**Elena Kagan:** Bueno, nosotros si hemos sido afortunados, pero también hemos contado con personas que demostraron grandes habilidades y sabiduría para llegar al lugar donde hoy día nos encontramos. Por supuesto, tampoco somos perfectos, y siempre existen obstáculos a lo largo del camino y siempre se puede hacer más para establecer el Estado de derecho y la Independencia del Poder Judicial.

En todo caso, nosotros contamos con una serie de factores que han trabajado en favor de los Estados Unidos que no todo país posee. Si bien las lecciones que puedes aprender de cada país son ciertas, sin embargo no dejan de ser limitadas. Se puede aprender ciertas cosas, pero la

experiencia de cada país será diferente porque las tradiciones y la historia de cada uno de ellos son diferentes.

Sin embargo, en Estados Unidos, incluso antes de la revolución, existía un fuerte compromiso por el sistema judicial y el Estado de derecho. Esto fue parte del legado que los Estados Unidos heredó de Inglaterra y del sistema legal de Derecho Consuetudinario. Durante el período revolucionario existía un gran consenso sobre algunos aspectos estructurales que debían ser parte integral de un Poder Judicial Independiente. Existía la separación de poderes, de tal forma que el Poder Judicial quedó separado tanto del Poder Legislativo como del Poder Ejecutivo. Existió también durante el período fundacional de la Federación – la revolución y el desarrollo de nuestra Constitución – un real compromiso, de tal forma que no todo se centró en el gobierno nacional. También se trató de los estados, donde cada uno de ellos también tenía grandes poderes. De hecho, ello implicó que existieran realmente pesos y contrapesos en la construcción de nuestro gobierno que facilitó el desarrollo de un Poder Judicial Independiente.

Finalmente, hemos contado con líderes sabios desde el inicio de nuestra historia, incluido alguien que los que no son abogados no conocerán. Todo el mundo sabe sobre Thomas Jefferson y James Madison. Pero la persona que realmente fundó, si se quiere, nuestro sistema judicial y estableció el concepto del control jurisdiccional sobre los actos del Ejecutivo y el Legislativo, fue uno de los primeros juez presidente llamado John Marshall, quien sirvió como Presidente de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos por varias décadas (1801-1835), y quien, más que cualquier otra persona en los Estados Unidos, logró garantizar que las Cortes jugarán un importante e independiente papel en el proceso gubernamental americano.

**RFE/RL: ¿Podría señalar alguna experiencia decisiva y relevante ocurrida durante los primeros años de la historia de los Estados Unidos que haya permitido el reconocimiento de la independencia del Poder Judicial?**

Me parece que la gente piensa que la experiencia más decisiva y relevante fue un caso judicial que comenzó teniendo poca importancia. Es el caso denominado *Marbury v. Madison* y que sirvió para que John Marshall estableciera el principio según el cual una Corte puede invalidar actos administrativos o legales si los mismos infringen la Constitución. Ello implicó un nuevo y revolucionario concepto.

Nuestra Constitución en sí no contempla el sistema de control jurisdiccional. No existe una norma constitucional que disponga que los tribunales tengan la facultad de invalidar los actos del Poder Ejecutivo y del Legislativo que sean contrarios a la Constitución. Por ello, John Marshall realmente creó dicho poder, utilizando para ello el caso de *Marbury contra Madison*, referido a sí la comisión judicial fue correctamente otorgada por el Presidente Thomas Jefferson a el señor Marbury. Afirmando John Marshall que no, pero haciéndolo de una forma tal que dejó claramente establecido el principio de control jurisdiccional, pero al mismo tiempo sin intimidar al Presidente Jefferson y, por el contrario, dándole al Presidente Jefferson parte de lo que él pretendía. Desde ese momento, el sistema de control jurisdiccional nunca ha sido cuestionado en la historia Americana.

*(Nota del Editor: Marbury contra Madison fue un fallo histórico de 1803, que estableció el poder de la Corte Suprema de anular las acciones del poder ejecutivo y legislativo.)*

**RFE/RL: ¿Tuvo esto más que ver con la cultura política Americana o las instituciones?**

**Kagan:** Bueno, la cultura y las instituciones se encuentran relacionadas. Ciertamente existió algo en la cultura política que permitió a John Marshall hacer lo que hizo, decir que alguien tiene que ser el guardián supremo de la Constitución y que ese rol recae en los tribunales. Corresponde a los tribunales decidir cuando el Congreso o el Poder Ejecutivo – en nuestro caso el Presidente – violan la Constitución.

Usted puede imaginarse mucha gente que no estuvo feliz con este principio, quienes pensaron que los tribunales no tenían un rol especial en esta área y que el Congreso y el Presidente eran tan capaces como los tribunales para determinar qué y qué no violenta la Constitución. Marshall sostuvo que tenía que haber alguien quien finalmente determinara la regla aplicable y cuándo la Constitución es violada y ello corresponde a los tribunales.

Y como ya lo dije, han existido muchas ocasiones donde personas han cuestionado esta facultad, incluyendo héroes de la historia Americana. Abraham Lincoln nunca fue un fanático del control jurisdiccional. Pero en su mayor parte, se ha considerado como una parte importante de nuestro sistema político. Al final, los tribunales tienen la palabra para decidir cuando el Congreso o el Presidente se han excedido en el ejercicio de sus facultades.

**RFE/RL: Entonces esto fue un momento crucial. ¿Pudo la historia de los Estados Unidos tomar un camino diferente si no hubiese existido Marbury contra Madison?**

**Kagan:** Estoy segura de ello. Pero al mismo tiempo, es importante decir que los tribunales solo adquieren respeto, y sus decisiones son aceptadas, solo si usan sus facultades sabiamente. Entonces, la restricción judicial es un importante elemento del control jurisdiccional. Así como los tribunales pueden decidir cuándo las ramas ejecutiva y legislativa han excedido sus facultades, los tribunales tienen el deber de asegurar que ellos no se exceden de las suyas. El sistema solo funciona si los tribunales no actúan imprudente o indebidamente afectando las prerrogativas otorgadas a los otros actores gubernamentales.

**RFE / RL: Los problemas del poder judicial en la mayoría de los países que hemos investigado son notablemente similares. Yo quisiera hablar acerca de algunos de ellos para que usted los analizara. ¿Hubo alguna vez problemas similares en la historia de EE.UU.? Si fue así, ¿cómo fueron resueltos? Si no fue así, como jurista, ¿cómo cree que se podrían solucionar? En primer lugar, está el problema que los rusos llaman "justicia telefónica". En teoría, esto significa que en todos los casos importantes, el juez que conoce del asunto recibe una llamada telefónica desde el Poder Ejecutivo o su representante indicándole cómo él o ella debe decidir. ¿Cómo se puede construir un poder judicial independiente en aquellas sociedades donde esto sea una práctica común?**

**Kagan:** Si lo hicimos [estos problemas], habrían sido entendidos como abusos del sistema y en violación de sus reglas. Ello representa todo lo contrario de un sistema basado en el Estado de derecho, que sostiene que la forma en que un juez decide un caso, la forma en que un tribunal decide un caso, es en virtud del principio de derecho, no en virtud del poder legal, por el que se le llama y se le indica así es como queremos que el caso sea resuelto.

La independencia del Poder Judicial puede, en cierto sentido, ser medida por su capacidad y voluntad para desafiar a los poderes cuando se han excedido en sus funciones y para exigirles cuentas, y no para acceder a todo lo que ellos desean.

**RFE / RL:** En muchos países, el Poder Judicial - y el Poder Legislativo en su caso - son de hecho poco más que un apéndice decorativo del Poder Ejecutivo, donde se toman todas las decisiones. Entonces, ¿cómo usted concreta la independencia judicial cuando en la realidad es el Ejecutivo el que controla el poder?

**Kagan:** Ese es uno de los grandes misterios de un Poder Judicial independiente y ello depende mucho de la cultura del sistema. Uno de nuestros primeros presidentes (Andrew Jackson) tampoco estaba muy seguro de gustarle los tribunales. En una decisión muy famosa, él dijo: "Bueno, el tribunal ha dado su veredicto, ahora que lo hagan cumplir." Y la idea fue de no mover un dedo para hacer cumplir la sentencia del tribunal. De hecho, él iba a hacer todo lo posible para evitar que la sentencia del tribunal fuese aplicada y produjera sus efectos.

Después de todo, el tribunal no tiene el poder de un ejército. No tiene el poder del dinero. Por lo tanto, surge siempre la pregunta: ¿Cómo se podrá hacer efectiva la decisión de un tribunal? Y ello sólo es posible si los otros actores del sistema y el pueblo en general respetan las decisiones de los tribunales y entienden que incluso si no están de acuerdo con algo, que el sistema sólo funcionará si las sentencias se cumplen.

*(Nota del Editor: Kagan se refiere al caso Worcester contra Georgia, un caso de 1832 sobre los derechos soberanos de las tribus indígenas sobre su territorio tribal. El Presidente Andrew Jackson se negó a cumplir con la sentencia, sin embargo la misma se convirtió en un precedente para los futuros casos sobre derechos indígenas)*

**RFE/RL:** Entonces ¿cómo terminó el caso?

**Kagan:** El caso terminó muy bien para los tribunales. Existió un poco de amenaza, pero al final el tribunal logró su objetivo.

**RFE/RL:** Otro problema relacionado con el problema de la "justicia telefónica" es la justicia selectiva. En algunos de los países investigados las personas son enjuiciadas porque se han convertido en un problema para el Poder, mientras otros actúan con completa impunidad. ¿Cómo puede un juez honesto trabajar en este sistema?

**Kagan:** Lo primero que su pregunta resalta es que un buen sistema de Estado de derecho depende de la existencia de jueces honestos, pero también depende de fiscales honestos - gente que no juega el tipo rol político del que usted está hablando. También depende de contar con normas legales que, en cierta medida, eviten que eso suceda. En la medida en que las normas jurídicas sean claras y de difícil manipulación, ese tipo de persecución selectiva es menos probable que ocurra.

En la medida en que son vagas y fáciles de manipular la persecución selectiva será más probable que ocurra. Por ello, una respuesta es contar con normas legales claras en lugar de vagas, que no permitan ser objeto de manipulación. Ahora bien, no todo puede ser claro en un sistema legal, y hay una cierta posibilidad de decidir si una norma legal se aplica a una persona o circunstancia y no a otra. Puede haber reglas de ética para fiscales y jueces sobre la no aplicación selectiva de la ley o basada en quien esté en el poder o quién les pague. La aplicación por igual de la ley es fundamental.

**RFE / RL:** Otro problema que aflige a muchos de los países en nuestra investigación es la paradoja de la justicia transicional. Esta tiende a aparecer en los países que están tratando de establecer un Poder Judicial independiente. Cuando las revoluciones democráticas tienen éxito y un régimen o un sistema cambian, algunos dicen que es necesario limpiar el Poder Judicial, que está contaminado por personas que sirvieron a un gobierno autoritario. Pero hacerlo establece un precedente que puede ser objeto de abuso por los gobiernos futuros. También existe el problema de que los nuevos jueces tienden a ser inexpertos. ¿Cómo debe el Poder Judicial comportarse durante un período de transición?

**Kagan:** No creo que la historia de los Estados Unidos sea muy buena en esta materia. Pero creo que existen varios lugares en el mundo que a lo largo de las últimas décadas han experimentado problemas en este sentido. Probablemente lo que estos lugares han demostrado es que todo depende. Las circunstancias pueden ser dramáticamente diferentes y en algunos lugares tiene sentido mantener parte del viejo régimen para contribuir con su experiencia y experticia. En otros lugares no tanto. De tal forma que no existe una sola solución para este problema. Pero existe una gran experiencia en diferentes partes del mundo que puede ser utilizada cuando un país se encuentre en esta situación.

**RFE / RL:** Por último, hay un problema conocido como "la característica de la corrupción." En muchos países, la corrupción no es un "error en el sistema", por así decirlo, es una "característica". Las leyes son vagas por el diseño y, por lo tanto, cualquier persona que el régimen considera inconveniente puede ser perseguida. La corrupción oficial, dentro de unos límites, es en realidad ánima, lo que significa que los funcionarios que no permanecen fieles pueden ser procesados en cualquier momento. ¿Cómo puede el Poder Judicial empezar a hacer frente a este problema?

**Kagan:** Es difícil para los jueces ser honestos cuando la sociedad que los rodea es completamente corrupta. No estoy segura de un país donde la totalidad de los órganos del Estado sea corrupta con excepción del Poder Judicial.

**RFE/RL: ¿Entonces la solución no puede empezar por el Poder Judicial?**

**Kagan:** Creo que se puede intentarlo juntos. Pero es difícil imaginar un Poder Judicial que de alguna forma logre con éxito mantenerse incorrupto cuando todo a su alrededor se encuentra afectado por la corrupción. El Poder Judicial no puede por sí solo llegar a resolver este problema.

**RFE/RL: ¿Entonces el Poder Judicial no puede ser un instrumento de cambio en este sentido?**

**Kagan:** Creo que sí puede ser un instrumento, pero ciertamente es muy difícil de saber cómo el Poder Judicial puede hacerlo sin ayuda.

**RFE/RL: ¿Piensa usted que designar o elegir a los jueces es más favorable para el establecimiento de la independencia judicial?**

**Kagan:** Bueno, es aquí donde en diferentes partes de los Estados Unidos se han establecidos diferentes sistemas. La totalidad de los jueces federales son designados. Pero a nivel de sistemas estatales, muchos de nuestros estados contemplan la elección de sus jueces. En este sentido, existe algo que decir de cada parte. Las elecciones le dan la oportunidad a la población de participar en la judicatura, estrechando el vínculo con ella y el pueblo. Pero solo en virtud de esto, los jueces son más corruptibles. En el sistema Americano, algunas personas piensan que es bueno elegir a los jueces a quienes corresponda tomar decisiones sobre materias de importancia, pero al mismo tiempo les preocupa que las elecciones que sirven para elegir a estos jueces sean fácilmente manipuladas por actores con gran influencia en el sistema.

**RFE/RL: Un elemento que está en gran medida ausente en aquellos países que sufren de una falta de independencia judicial es el juicio con jurado. ¿Puede decirse que el juicio con jurado ayuda a la causa de la independencia judicial?**

**Kagan:** Yo pienso que el sistema de Estado de derecho y la independencia del Poder Judicial pueden existir sin el juicio con jurados. No creo que el juicio con jurado sea la clave del sistema. Pienso que se puede probar mirando en el ejemplo Americano y comparándolo con el ejemplo Británico. Nosotros venimos del sistema Británico, pero a diferencia de ellos adoptamos el sistema de juicio con jurado para corregir ciertos abusos que los colonos pensaban existían en el sistema británico. Pero realmente el sistema Británico nunca actuó de esa forma y sería difícil afirmar que no es un sistema de Estado de derecho.

Los jurados son útiles para determinados asuntos. Probablemente no son la mejor forma de acercarse a otros problemas legales. En cualquier caso un país, que decida adoptar o no el jurado, puede crear un Poder Judicial independiente y un sistema de Estado de derecho.

**RFE/RL: ¿Por qué los americanos adoptaron el sistema de jurado?**

**Kagan:** Pienso que existieron colonos (durante la ley británica) quienes pensaron que los jueces de la Corona los trataban injustamente. La idea fue contar con jurados conformados por pares que pudieran decidir un caso concreto y no un juez de la Corona relacionado con un país ubicado a miles de millas de distancia atravesando el océano.

Hoy día existen muchos poderes judiciales y sistemas de Estado de derecho que piensan que la mayoría de los casos no son apropiadamente decididos por los jurados y que funcionan muy bien sin este sistema.

**RFE/RL: ¿Algo más que quisiera decir a las personas que luchan por establecer un Poder Judicial Independiente?**

**Kagan:** Sólo que es muy difícil, pero vale la pena. Es un proceso largo. Es un proceso que en ningún país ha concluido. Todos podemos mejorar. Siempre habrán obstáculos en el camino y problemas con los cuales habrá que lidiar, pero continuar por lograr un sistema fundado en el Estado de Derecho y la independencia del Poder Judicial es algo beneficia enormemente a la sociedad. La libertad, la prosperidad y la estabilidad de la sociedad realmente dependen de ello.