
El rol de la Corte Suprema en una democracia^(*)

Aharon Barak

Abogado. Presidente de la Corte Suprema de Israel. Doctor *honoris causa* por la Universidad de Oxford. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Jerusalem.

1. La creación judicial de leyes.

El rol de la magistratura es resolver conflictos de acuerdo a ley. Dicho rol involucra tres funciones: la determinación del hecho (que es lo que en la mayoría de los casos la primera instancia realiza), la aplicación de la ley y la determinación de la ley aplicable. La tercera función -la determinación de la ley- no implica, generalmente, creación alguna. Se conoce la ley y ya está determinada. La Corte se limita a declarar la ley que corresponde aplicar. La Corte es, en las palabras de Montesquieu, “boca del legislador”. Sin embargo, hay casos difíciles. En ellos, la ley a aplicar es incierta. El texto legal puede tener más de un significado. El conflicto legal puede tener más de una solución. En tales casos, la declaración de la ley aplicable también involucra la creación de la ley. Antes de la determinación judicial, la norma (la Constitución, la ley, el Derecho consuetudinario) se expresa -incluso luego de usar todas las reglas de interpretación- en diversas voces. Después de la determinación judicial, la ley habla con una sola voz. Ha ocurrido un cambio en el conjunto de normas. Un nuevo significado fue creado. La creación de una nueva norma -que será obligatoria en todas las cortes por la regla del precedente- es la función principal de la Corte Suprema en una democracia. Tal creación involucra discrecionalidad. El juez de una Corte Suprema no es un espejo que refleja pasivamente la imagen de la ley. Es un artista, que pinta el cuadro con sus propias manos. Está “legislando”, se trata de una “legislación judicial”. Hace esto en los casos concretos,

como un resultado incidental e intersticial de la función jurisdiccional.

Dicha actividad de “creación legal” (“legislativa”) no es reflejo de un “imperialismo judicial”. Es un indicativo de la incertidumbre inherente a la propia ley. El Derecho no es como las matemáticas. El Derecho es un sistema normativo. Mientras nosotros no podamos predecir el futuro; mientras el lenguaje siga permitiendo generalizaciones que se aplican a todas las situaciones pertinentes; mientras no podamos superar las limitaciones humanas, tendremos que vivir con leyes inciertas. Tal falta de certeza -y de ningún modo el “imperialismo judicial”- es la fuente de la creatividad judicial. Dicha incertidumbre deriva de las limitaciones humanas y de la naturaleza de la sociedad. Por ello, no hay una solución jurídica única para cada problema legal. Hay problemas legales que tienen más de una respuesta. De hecho, nosotros no podemos, y no queremos, tener un sistema legal que tiene, por adelantado, todas las soluciones jurídicas a todos los problemas legales. La creatividad judicial -legislación judicial- es natural a la ley misma. El Derecho sin discrecionalidad es como un cuerpo sin alma. La creatividad judicial es parte de la existencia legal. Tal creatividad -“la creación judicial de leyes”- es la tarea de una Corte Suprema.

Los jueces tienden a esconder su función creativa. “Nosotros declaramos lo que la ley es, nosotros no la hacemos”, es un lema común en muchos juicios desde tiempos de Blackstone. Los jueces temen que la confianza pública en la magistratura se vea afectada si

(*) El presente texto es la transcripción de la conferencia presentada en el Graduate Seminar (setiembre-diciembre de 2001) en la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale.

Esta ponencia fue publicada originalmente en el volumen 33 del *Israel Law Review of the Hebrew University of Jerusalem*, Israel.

La traducción, con autorización del autor, ha estado a cargo de Margarita Valladares López, alumna del noveno ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y miembro de la Asociación Civil Ius et Veritas. Se ha introducido notas de traducción, identificadas con números romanos, para facilitar y enriquecer la lectura del texto.

Agradecemos a Alfonso Montoya Stahl, profesor de Derecho Mercantil en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y miembro de la Asociación Civil Ius et Veritas, por la gestión de la autorización correspondiente y la revisión de la traducción.

el público descubre la verdad. “Personalmente -escribió Lord Radcliffe- yo pienso que los jueces servirán mejor el interés público si ellos omiten pronunciarse sobre su función legislativa”. Yo discrepo. El pueblo tiene el derecho a saber que nosotros hacemos la ley y cómo la hacemos; el pueblo no debe ser engañado; “(e)l derecho a conocer al arquitecto de nuestras obligaciones” - escribió el profesor Julius Stone- , puede que sea tan parte de nuestra libertad como lo es el derecho a conocer a nuestro acusador y a nuestro juez”.

Los jueces tienden a disculparse de su papel creativo. Y lo hacen, principalmente, debido a su carácter no representativo. Pero nuestro carácter no representativo -nuestra ausencia de responsabilidad política- no es un motivo de debilidad. Es la fuente principal de nuestra fuerza. Las cortes no son cuerpos representativos, y sería una tragedia que lo fuesen. Las cortes son los cuerpos reflexivos; ellas reflejan los valores básicos de su sistema. Por ello, no debemos ponernos a la defensiva de argumentos referidos a nuestra representatividad. La democracia no sólo consiste en la representación. La democracia también consiste en valores básicos, el centro de los cuales son los derechos humanos. La democracia no consiste en que la mayoría desconozca los derechos de la minoría. La democracia es un equilibrio delicado entre la regla de la mayoría y los derechos individuales. Además, nuestro poder creativo proviene de la propia ley. Una Constitución contiene una delegación de la facultad de interpretar la Constitución hecha por los ciudadanos a los jueces, y por lo tanto, de crear normas de desarrollo constitucional; la legislación es una autorización para la creación judicial de normas en y alrededor de las leyes. Y el *Common Law* -Nuestra Sagrada Señora del *Common Law*- es una creación de los jueces durante casi mil años. “Yo reconozco sin vacilar -escribió el juez Holmes en 1917- que los jueces no sólo legislan sino que deben legislar”.

Así, la pregunta principal no es “¿los jueces de la Corte Suprema crean leyes?”; la cuestión más importante es el “cómo”, ¿cómo crea las leyes el juez de una Corte Suprema? ¿Cómo decidiremos ante los casos difíciles? A un juez no se le permite arrojar una moneda al aire, aun cuando ello conlleve lograr la plena objetividad en la decisión. En ese sentido, ¿cómo es usada la discrecionalidad judicial en la creación de leyes?

2. ¿Cómo se lleva a cabo la creación judicial de leyes?

Al crear la ley debemos expresar los valores básicos de nuestro sistema legal. Esos valores son la clave para

la interpretación constitucional y legal. Son la fuerza oculta que apoya al *Common Law*. Ellos reflejan valores éticos de moralidad y justicia; además incluyen valores sociales relacionados al orden público, la independencia de los jueces, la separación de poderes, la tranquilidad pública y la seguridad; están fundados en conceptos como razonabilidad, tolerancia, proporcionalidad, buena fe y honestidad. Dichos valores incluyen una aspiración de lograr expectativas razonables y certeza en las leyes. Al centro de estos valores fundamentales se encuentran los derechos humanos -políticos, sociales y económicos-.

El juez conoce esos valores básicos a través de las normas fundamentales -la Constitución es un ejemplo- de su sistema legal. Pero esos documentos no son la única fuente. También aprende de dichos valores de la experiencia nacional conjunta, de la naturaleza de un sistema político como la democracia y al entender los conceptos básicos de la nación. El movimiento de su sistema legal a través de la historia y sus raíces sociales, políticas y religiosas son las fuentes por las que el juez descubre dichos valores básicos. En última instancia, descubre los mencionados valores básicos al “vivir la vida”.

Los valores que dirigen al juez son los básicos y fundamentales. No son resultado de encuestas de opinión pública; no son el populismo que engaña a las masas. No son modas pasajeras y cambiantes; tampoco estruendosos titulares; son el reflejo de la historia y no de la histeria. Cuando una sociedad no tiene fe en sus valores básicos, el juez no debe expresar los fugaces vientos del momento; debe expresar los valores más profundos y la visión fundamental de la sociedad. Cuando el terror arrasó con el país y cuando las bombas explotaron en nuestras calles, el sentir común era “encarcelen a los terroristas, interrúguenlos por cualquier medio necesario y encuentren los explosivos”. Pero la Corte Suprema de Israel dijo no. La dignidad es un derecho humano para cualquiera -incluidos los terroristas-. El Estado no puede usar la fuerza contra cualquiera -incluido el terrorista que está plantando una bomba en el supermercado-. Esos son nuestros valores básicos, como democracia que somos; y la Corte, como cuerpo independiente y no-representativo, tiene el deber de expresarlos. Y cito: “(s)omos conscientes de que esta decisión no hace más fácil tratar con dicha realidad. Tal es el destino de la democracia, porque no todo medio es aceptado por ella y porque no todas las armas empleadas por sus enemigos están disponibles para ella. Aunque una democracia deba a menudo luchar con una mano atada tras su espalda, aún tiene la ventaja. Preservar la

preeminencia de la ley⁽ⁱ⁾ y el reconocimiento de la libertad del individuo, son importantes componentes en su noción de seguridad. Al final del día, habrán fortalecido su espíritu y su firmeza y eso le permitirá superar sus dificultades”.

Por supuesto, los derechos humanos no son los únicos valores. La existencia del Estado, su seguridad y paz públicas también son valores básicos. Una carta constitucional de derechos no debe convertirse en una nota de suicidio. Los derechos humanos no deben convertirse en herramientas para la destrucción nacional. Éstos necesitan de una comunidad; asegurar el armazón político y social es una condición necesaria para proteger a los derechos humanos mismos.

Y aquí encontramos la dificultad principal en la creación judicial de normas. En los casos difíciles el juez se enfrenta a un conflicto entre dos o más valores básicos. La dignidad del individuo se enfrenta a la seguridad del Estado; la libertad de expresión se enfrenta al orden público o a la privacidad y a la reputación. La libertad de practicar una religión se enfrenta a la libertad de la religión. La dignidad del feto se enfrenta con la dignidad de la madre. Nosotros debemos resolver esos conflictos. Pero nuestro sistema legal no nos provee de las herramientas necesarias para llegar a una solución en cada caso. En muchos casos, nos dicen que la solución al conflicto yace en el equilibrio entre los valores enfrentados. Pero ni nuestro sistema legal ni la Filosofía nos proveen de una respuesta a la pregunta sobre qué peso debe ser asignado a cada valor y de cómo deberá el juez equilibrar los valores en conflicto. Equilibrar y pesar⁽ⁱⁱ⁾ son, por supuesto, metáforas. ¿Cómo decidimos qué valor tiene mayor importancia en un caso en particular y qué reemplaza otros valores?

Por supuesto, la existencia de la discrecionalidad en esos casos significa que no hay reglas de aplicación exacta sobre cómo pesar y equilibrar⁽ⁱⁱⁱ⁾ en cada caso los valores básicos en conflicto. Pero de eso no se deduce

Esta es la promesa que me
acompaña a la sala del tribunal a
diario. Mientras Juzgo, soy
juzgado.

que un juez pueda hacer lo que quiera. No hay discrecionalidad absoluta. La discrecionalidad absoluta para los jueces, así como para cualquier otro funcionario público, sería el principio del fin de la democracia. Además, aunque no existan reglas exactas sobre el sistema de pesos y equilibrios, eso no significa que cualquier solución es tan buena como la otra. Existe el buen contrapeso y el mal contrapeso. ¿Qué hace bueno un contrapeso? ¿Qué hace buena a una solución?

Cada juez en particular tiene una respuesta diferente a esa pregunta. Cada juez desarrolla, con el correr de los años, su propia filosofía de la decisión judicial. Es el reflejo de su historia personal, experiencia de vida y de su totalidad como individuo y como juez. Para muchos, esta filosofía permanece sin expresión y está basada en la intuición. Para otros, sin embargo, es el resultado de un esfuerzo por evaluar y articular por uno mismo el acercamiento a los problemas legales más difíciles. Es el producto del intento por identificar consideraciones cruciales para el individuo y ordenarlas apropiadamente. Finalmente, es el intento individual por darle forma a su propia filosofía de la decisión judicial. Déjenme intentar identificar algunas de estas consideraciones. Al hacerlo no tengo vocación de ser comprensivo, no pretendo tener la razón; y no demando, por supuesto, que estas consideraciones sean vinculantes para cualquiera en cualquier sistema legal. Sólo creo que si un juez, dentro de un sistema legal democrático, las toma en cuenta, estará haciendo un mejor uso de su discrecionalidad que si las ignora.

Mi primer punto es: **el contrapeso de los valores en conflicto debe ser un proceso racional**. La discrecionalidad judicial debe manifestar una razón y no un mandato. El método por el cual el juez pesa y equilibra es diferente al método por el que la legislatura pesa y equilibra los mismos valores. El proceso legislativo es político. El proceso judicial es normativo. El contrapeso judicial debería, en términos de Dworkin, “encajar” dentro de los márgenes del marco normativo. No se le impone tal requerimiento al proceso político. El peso y equilibrio judicial debe dibujarse a partir del marco normativo existente. El peso y equilibrio en un área del Derecho debe verse influido por el realizado en otras áreas del Derecho. Al interior de un mismo sistema legal, un juez no puede decidir, en una instancia, que la libre expresión es de gran importancia (por

(i) Por la expresión “*rule of law*” en el original. Dependiendo del contexto, lo hemos traducido indistintamente como “preeminencia de la ley” o simplemente como “ley” en otras partes del texto.

(ii) Por la expresión “*Balancing and weighing*” en el original.

(iii) Por la expresión “*balancing*” en el original.

ejemplo, en un conflicto entre la libre expresión y el orden público) y, en otra, que carece de importancia (por ejemplo, en un conflicto entre la libertad de expresión y la reputación ajena). El juez siempre está frente a la necesidad de armonía al interior del sistema. Cuando un juez utiliza su discrecionalidad, no realiza un acto único, apartado de un orden normativo pre-existente. La discrecionalidad judicial es utilizada dentro del marco de un sistema y debe encajar en él. El sistema legal al cual se introduce la decisión judicial, no es un cuerpo inerte. Es un organismo vivo, y la discrecionalidad judicial es una de las fuerzas que fertiliza sus células. Debe existir armonía entre el ejercicio de la discrecionalidad judicial que desarrolla sus células, de un lado, y el desarrollo del organismo vivo, el sistema legal, del otro.

En general, el crecimiento orgánico del sistema legal necesita de un desarrollo gradual. La necesidad de asegurar la existencia del sistema requiere una evolución, no una revolución. Usualmente la continuidad, antes que una serie de saltos, está involucrada. Claro que, a veces, no se puede evitar las curvas cerradas y los saltos peligrosos, pero estos ocurren en situaciones excepcionales. Normalmente, el funcionamiento apropiado del sistema legal requiere un movimiento lento y gradual. La discrecionalidad judicial debe encajar en dichos marcos. El proceso judicial está basado, por lo tanto, en el crecimiento orgánico.

En la mayoría de casos, el juez debe reflejar el hondo consenso popular, en vez de crearlo, pero no en todos los casos. Llega un momento en el que la Corte debe guiar; en el que la Corte es el cruzado de un nuevo consenso. *Brown v. Board of Education*^(iv) es un buen ejemplo. Una Corte Suprema no puede sobrevivir a la confianza pública si cada semana anuncia un nuevo *Brown*. Sin embargo, una Corte Suprema no sobrevivirá a la confianza pública si pierde la oportunidad especial de tener un *Brown*.

El juez debe determinar la controversia que se le presenta. Es muy natural que el juez se esfuerce por conseguir una solución justa y, sin embargo, no puede ignorar el hecho de que su solución debe encajar en el tejido normativo existente. Tampoco puede ignorar el hecho de que su solución debe ser justa para partes similares en el futuro. Un ejercicio ideal de la discrecionalidad judicial pasa el triple examen de

integración con el pasado, justicia en el presente y norma apropiada para el futuro.

Mi **segundo** punto es: **la discrecionalidad judicial debe ser objetiva**. El contrapeso de los valores en conflicto debe ser objetivo. La objetividad, por su puesto, tiene muchos significados. Con esto me refiero a un proceso intelectual por el que el juez va más allá de sí mismo para entender, desde la perspectiva de su comunidad, los valores sociales que va a contrapesar. La decisión del juez debe reflejar los valores profundos de su sociedad, no sus valores personales. La objetividad significa darle expresión a la escala de valores general, y no a la escala de valores propia del juez. Significa que el juez se libera a sí mismo, tanto como puede, de todas sus preferencias personales. Significa neutralidad en el proceso de contrapesar. La objetividad significa reflejar el profundo consenso y los valores compartidos por la sociedad. Sólo en ese momento, el juez tendrá la posibilidad de mirar directamente a los ojos de la nación y decir: “(y) o le di expresión a sus valores compartidos e interiorizados, no a mis valores personales”. Sólo en ese momento, tendrá la posibilidad de decirle al legislador, cuya ley declaró inconstitucional: “(y) o expresé no mis valores personales, sino los valores de la Constitución. El conflicto no es entre la Corte y la legislatura; el conflicto es entre la legislatura y la Constitución”.

La objetividad demanda mucho del juez y requiere un elemento de transparencia mental. Debe ser consciente de que sus valores pueden no ser compartidos por todos y de que su visión personal puede ser única. Podría darle gran importancia a asuntos que el público en general percibe como triviales y carentes de sentido. El juez debe estar consciente de sus características, y debe realizar todo esfuerzo posible para no ejercer su discrecionalidad sobre la base de elementos subjetivos.

La discrecionalidad judicial debe ser congruente. Sólo así la discrecionalidad encajará en el sistema legal como un todo y se volverá parte integrante de éste. Un ejercicio razonable de discrecionalidad judicial requiere que en casos similares la discrecionalidad sea usada de forma similar. Este es un requisito fundamental de la justicia. Por supuesto, un juez puede ejercer su discrecionalidad de tal forma que cause una desviación en cuanto a la ley existente. La congruencia no requiere una abstención de todo cambio. Pero aun en este caso

(iv) El autor se refiere al caso en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos, en mayo de 1954, declaró unánimemente que el establecimiento de facilidades educativas distintas para blancos y negros era inconstitucional, al violar la decimocuarta enmienda de la Constitución, que garantiza la igual aplicación de la ley (*equal protection of the laws*).

El fallo derogó así la doctrina del “separados pero iguales” (“*separate but equal*”) que anteriores fallos de la Corte Suprema habían consagrado, amparando así la total segregación racial que era norma en la década de los 50 en dicho país.

el juez debe ser congruente y neutral. Debe aplicar la nueva regla en cada caso similar, y debe estar preparado para desviarse de esa forma cuando se den circunstancias parecidas. Aquí yace una de las diferencias entre la discrecionalidad de la judicatura y la de la legislatura. Ninguna obligación legal de ser congruente le es impuesta al legislador. No necesita actuar neutralmente. No ocurre lo mismo con el juez: su discrecionalidad debe encajar en el entramado legal. Como resultado, él debe ser congruente y neutral.

El juez es un producto de su tiempo. Vive en un tiempo y en una sociedad determinados. La meta de la objetividad no es apartarlo de su alrededor, sino lo contrario: permitirle formular apropiadamente los principios de su tiempo. La meta de la objetividad no es “liberar” al juez de su pasado, su educación, su experiencia, su fe y sus valores. Por el contrario: su propósito es estimularlo para hacer uso de todo ello para reflejar tan puramente como sea posible los valores fundamentales de la nación. Una persona que es nombrada juez no necesita cambiar, sino desarrollar una sensibilidad por el peso de su oficio y por las restricciones que éste impone. El juez debe demostrar autocritica y falta de arrogancia, al mismo tiempo, de un modo tal que le permita evitar identificarse con todo lo que considera ser bueno y hermoso. Debe demostrar un freno que lo deje separar sus sentimientos personales de los sentimientos interiores de la nación. Debe demostrar una modestia intelectual que le permita decir: “(y) o me equivoqué, porque confundí lo que deseo con lo que puedo hacer”. Un juez que no actúe así y que imponga a la sociedad todo lo que es subjetivo en él, creará tensión entre sí y su medio ambiente. Mientras él o ella persista en esto y otros persistan en esto, la tensión entre el Poder Judicial y otros poderes crecerá. El resultado de esta tensión puede ser riesgoso para la sociedad, y sobre todo, puede dañar el *status* de la Corte y la confianza pública en ella. Sólo a través del uso de la objetividad y la congruencia, el juez obtendrá la confianza de su comunidad legal, una confianza entregada a él como árbitro neutral de valores en conflicto. Y, sin dicha confianza, el juez no puede cumplir su función a cabalidad. El activo más importante que el juez posee es la confianza pública en él. También está entre los activos más preciados de la nación. La confianza en que el juzgamiento, confianza en los altos estándares morales del juzgamiento se logra, precisamente, neutralmente, tratando a cada parte equitativamente, y sin ningún resquicio de marcas personales en el resultado. El juez no tiene espada ni dinero. Todo lo que tiene es la confianza del pueblo. La

confianza pública no es un don. No puede darse por hecho su existencia. La confianza pública es una materia líquida. Debe ser cuidada. Es más fácil dañarla que protegerla. Años de esfuerzo podrían perderse para siempre por una decisión desafortunada. Por consiguiente, en el ejercicio de su discrecionalidad, el juez debe tener en mente esta necesidad. Todo juez debería actuar como si la confianza del público en el sistema judicial entero dependiera del ejercicio de su balance. Por su puesto, no hay mucho que uno pueda hacer con solo la confianza pública en la judicatura. Pero sin ella, uno no puede hacer nada. Un juez nunca debe llegar a un punto, en el que se pueda decir -como el juez Stevens dijo recientemente-: “(a)unque nunca lleguemos a conocer con total certeza la identidad del ganador de las elecciones presidenciales de este año, la del perdedor es clara. Es la confianza de la nación en el juez como guardián imparcial de la ley”. La necesidad de asegurar confianza no es la necesidad de asegurar popularidad, sino más bien la necesidad de preservar el sentir público de que la discrecionalidad judicial está siendo ejercida objetivamente, a través de la aplicación neutral de la ley y de los valores fundamentales de la nación; que la discrecionalidad judicial es ejercida para mantener los preceptos de la fe del pueblo y no los preceptos de la fe del juez; que el juez no toma parte de las luchas por el poder en el Estado, y que él no está luchando por tener más poder sino por la preeminencia de la ley.

Mi tercer punto es: **cada sentencia es un eslabón de una cadena**. El mundo no empieza con nosotros, y con suerte no terminará con nosotros. Cada sentencia es un paso en un largo viaje sin final. Siempre debemos estar al tanto de dónde venimos y hacia dónde vamos. Al resolver un caso difícil, el juez debe mantener un profundo respeto por la tradición. La tradición significa tener sentido de la historia. La tradición significa el aprecio del precedente. La tradición significa la fusión de los horizontes del pasado y del presente; significa un diálogo entre generaciones. La tradición crea continuidad.

La creatividad judicial, como escribir un libro en varias entregas, es una actividad continua. Los jueces que ya no se sientan en el tribunal escribieron los capítulos pasados. Los jueces actuales escriben la continuación, pero lo hacen basándose en el pasado. Y los capítulos que están siendo escritos, una vez escritos, forman parte del pasado, y nuevos capítulos, frutos de la labor de los nuevos jueces, son escritos. Así se logra la creación judicial. No tiene ni principio ni fin, es toda continuidad.

Mi cuarto punto es: **la decisión judicial debe encajar en la estructura general de los sistemas institucional-gubernamentales.** El juez que ejerce la discrecionalidad lo hace en tanto parte del Poder Judicial. Su decisión judicial debe coincidir con los conceptos fundamentales entre su área y las otras autoridades del Estado. Estos conceptos fundamentales provienen de la visión que la sociedad tenga de la democracia y de la separación de poderes. Están alterados por el punto de vista de la sociedad sobre la función judicial. La creación judicial de leyes no es la única forma de crear leyes y menos la forma más importante. Los otros poderes también crean normas. La creación judicial de leyes debe encajar en esta creación global de normas. El juez no es el único músico en esta gran orquesta legal y sus tonadas deben ser armónicas con el resto de la música. Así, por ejemplo, en los Estados Unidos la separación de poderes lleva a la no justiciabilidad de los procedimientos del Congreso. En otros países, como Alemania, España e Israel, la separación de poderes *-cheques and balances-* llevan a la justiciabilidad de estos procedimientos.

Mi quinto punto es este: **al ejercer discrecionalidad y contrapesar valores en conflicto, el juez debe tener una mente abierta;** debe ser receptivo a las nuevas ideas. Debe darse cuenta de que en una sociedad plural hay muchos puntos de vista y de que no existe una única solución "correcta". Un juez debe ser consciente de la complejidad del ser humano. Nuestro acercamiento debe ser holístico. Cuando interpretamos una ley, interpretamos todas las leyes. Durante nuestra vida en el Derecho enfrentaremos muchas teorías en conflicto: naturalismo, positivismo, feminismo, Análisis Económico del Derecho y muchas otras. Cada una de ellas tiene algo de cierto. Reflejan diferentes aspectos de la experiencia humana. Debemos aprender de todas. No debemos volvernos esclavos de ninguna. El eclecticismo -y no la puridad- refleja la complejidad de la naturaleza humana y de las relaciones.

Un juez debe carecer de todo rastro de arrogancia. Debe ejercer la humildad. Debe ser consciente de sus fortalezas y debilidades personales. Debe saber que puede errar. Aunque sus decisiones puedan ser finales, no son infalibles y el juez puede cometer graves errores. Puede darle una lectura equivocada a la forma de vida nacional. Puede que no alcance el adecuado balance entre estabilidad y cambio. Cualquier teoría sobre el juzgamiento en una democracia debe considerar la posibilidad de que pueden cometerse equivocaciones. Y el juez debe admitir los errores. La fuerza de nuestros juicios yace en nuestra habilidad

de ser autocríticos y admitir nuestros errores en las instancias apropiadas. El Derecho no ha empezado con nosotros. No terminará con nosotros. Yo mismo tomo la postura de decir abiertamente en mis juicios que cometí un error en el pasado y esa corrección mía es necesaria. En una de mis sentencias me desvié de otra sentencia que había hecho previamente. Escribí: "(e)sta conclusión mía contradice a otra a la que llegué en un juicio previo. En otras palabras, cambié mi forma de pensar. En efecto, desde la emisión de ese juicio anterior, no he dejado de preguntarme si mi acercamiento al Derecho está bien fundamentado. Yo no soy de la escuela que cree que el hecho de que una decisión es final es testimonio de su corrección. Todos cometemos errores. Nuestra integridad profesional requiere que admitamos nuestros errores si estamos convencidos de que, en efecto, erramos. En nuestros momentos difíciles, cuando nos cuestionamos a nosotros mismos, la Estrella del Norte que debe guiarnos en la búsqueda de la verdad que nos lleva a actualizar la justicia conforme al Derecho. No debemos atrincherarnos en nuestras opiniones preconcebidas. Debemos admitir nuestros errores".

Pero, ¿qué debe hacer un juez cuando todos estos consejos fallan? ¿Cómo debe decidir un caso difícil cuando la racionalidad, objetividad, tradición y humildad fallan al guiarnos a una única respuesta? No hay una única respuesta a esta pregunta. Diferentes jueces tienen diferentes respuestas. Mi respuesta es esta: en esa circunstancia excepcional -y es una circunstancia muy rara-, de un caso muy difícil, se permite el ingreso de la subjetividad. La decisión final estará formada, como observó Cardozo, por "la experiencia; el entendimiento de los cánones prevalecientes de justicia y moral; el estudio de las ciencias sociales; en ciertos casos, finalmente, por las intuiciones, las dudas, incluso la ignorancia y los prejuicios" del juez. Por su puesto, el juez no debe simplificar el proceso de toma de decisiones. No debe ir directamente a sus creencias subjetivas. Hay un largo camino de objetividad por recorrer. Pero, si después de todo, los caminos objetivos se han agotado, debería permitírsele aplicar sus creencias subjetivas.

Dichas creencias subjetivas difieren, por supuesto, de juez a juez, de una generación de jueces a la siguiente, de país a país. Todo juez es parte de su pueblo. A veces vive en una torre de marfil, pero mi torre está en las Colinas de Jerusalén, no en el Monte Olimpo. Como juez, soy consciente de lo que está sucediendo en mi país. Es mi deber estudiar los problemas de mi país, leer su literatura, escuchar su música. El juez es una

creación de su tiempo. Se mueve con la historia. Todas estas condiciones forman su filosofía judicial, y es la filosofía judicial del juez la que lo guía en los casos difíciles. Esta filosofía puede no contener la respuesta a todos los casos difíciles y, sin embargo, me parece que sin ella, no hay solución apropiada alguna.

Quiero resaltar las siguientes dos consideraciones que conforman mi filosofía judicial y mis creencias subjetivas cuando uso la discrecionalidad en esos casos muy difíciles.

Primero, la ley no es un fin en sí misma. Es un medio para el orden social. La Corte tiene una función social. Una Corte Suprema no se limita a resolver disputas, también crea leyes. Elimina la brecha entre la ley y la vida. Preserva la democracia al proteger el proceso político y garantizar derechos humanos. Salvaguarda la preeminencia de la ley. El juez es, por supuesto, un árbitro objetivo. Pero es un árbitro con una función especial. Debemos darnos cuenta de que somos una institución social con una función social. Es nuestra función -junto al cuerpo legislativo- preservar la estabilidad y el cambio. “La ley debe ser estable -dijo el profesor Roscoe Pound-, sin embargo, no puede permanecer quieta”. La estabilidad sin cambio es estancamiento; el cambio sin estabilidad es anarquía. Debemos asegurar estabilidad a través del cambio. La ley, como un águila en el cielo, sólo es estable si se mueve. Debemos reconocer que nuestra función es conseguir la estabilidad y el cambio, dentro del esquema constitucional, a través de la acción que sea sensible a otras áreas del Gobierno y con la idea de la separación de poderes. Pero en estas limitaciones no debemos observar el cierre de la brecha entre la ley y las necesidades de la comunidad como una tarea extraña a nosotros.

Segundo, cuando todas las otras consideraciones objetivas fallen, el escenario está listo para la reflexión sobre el valor más importante -la justicia-. Por su puesto,

la justicia acompaña nuestro juicio a través de todo el proceso de solución de conflictos. Pero en el escenario final, cuando las consideraciones objetivas fallan en producir una única respuesta, la justicia está delante. En este punto, Derecho y justicia se unen. El Derecho es justicia, y la justicia es Derecho. La justicia hace justicia.

Déjeme acabar mi ponencia con una nota personal.

Cuando tenía sólo tres años, estalló la Segunda Guerra Mundial. En 1941 -cuando tenía cinco años- mi familia y yo fuimos trasladados a un *ghetto*. Estábamos en el infierno. De 30,000 judíos del *ghetto*, solo algunos cientos fueron salvados. Yo soy uno de los pocos sobrevivientes. Casi toda mi familia fue asesinada. A la mayoría de niños del *ghetto* les dispararon en medio de la calle. Fui salvado por un milagro y por la gracia de una familia lituana. ¿Cuál es mi lección de esta experiencia? No es el odio; no es la desesperanza sobre la naturaleza del hombre. Todo lo contrario: mi lección es la primacía del ser humano, mi lección es la igualdad para todos nosotros; mi lección es que todos fuimos hechos a imagen de Dios. Proteger la dignidad y la equidad es mi Estrella del Norte, la que me guía en mis momentos difíciles.

Veo mi rol de juez como una misión. Juzgar no es meramente un trabajo. Es una forma de vida. Un viejo proverbio talmúdico dice lo siguiente acerca de los jueces:

“¿Crees que te estoy concediendo poder?

Es esclavitud a lo que te someto”.

Pero es una extraña clase de esclavitud, cuando el propósito es servir a la libertad, dignidad y justicia. Libertad para el espíritu del ser humano; dignidad e igualdad para todos; justicia para el individuo y la comunidad.

Esta es la promesa que me acompaña a la Sala del Tribunal a diario. Mientras juzgo, soy juzgado. ^{AB}