

del mecanismo de controles o “frenos y contrapesos”.

Sobre la “independencia” y el elitismo judicial

La primera afirmación que querría hacer atañe a la concepción elitista que alimentó el diseño del Poder Judicial. En efecto, en el momento de darle forma, primó una de dos opciones principales acerca de cómo favorecer (o constituir) la racionalidad e imparcialidad de las decisiones: la concepción elitista conforme a la cual tales virtudes (racionalidad, imparcialidad) se desprendían de la *reflexión aislada de unos pocos*, bien capacitados o preparados técnicamente (que en el “momento fundacional”, para

peor, se relacionaba con la reflexión de la élite con dinero y poder), y no, por el contrario, de procesos de *reflexión colectiva*. De allí el énfasis que se hizo (en *El Federalista* 78) en la preparación/formación exigida a los jueces y en su “independencia”, entendida esta, sobre todo, como separación de la ciudadanía. Al decir de James Madison en *El Federalista* 49, los jueces iban a encontrarse “demasiado alejados de la ciudadanía” – *too far removed from the people* –, tanto por su “modo de designación” como a partir de la “naturaleza de su cargo” y su “permanencia” en él. Es decir, desde el “momento fundacional” del constitucionalismo, cuando se concibió la independencia judicial, no se tuvo en mente, exclusiva ni primariamente, la “independencia” de los jueces inferiores de los superiores; tampoco la independencia de la justicia de las ramas políticas

del poder (una preocupación que sí tuvo un lugar relevante en las reflexiones originales del constitucionalismo). En cambio se pensó, sobre todo, en la independencia de los jueces en relación con la mayoría de la población. Y ello, tanto por razones (digamos así) aceptables (permitirles a los jueces una reflexión más tranquila y no sujeta a presiones; separar a los jueces de las “pasiones sociales del momento”), como por razones menos aceptables (el elitismo de pensar que la reflexión ciudadana o colectiva podía “contaminar” la imparcialidad propia de las minorías bien preparadas), y supuestos discutibles (que los jueces no iban a verse afectados por las pasiones, arrebatos e irracionalidades que atravesaban a la ciudadanía en general). Los demócratas podemos reconocer un primer problema, entonces, en cuanto a cómo se entendió la independencia judi-

cial desde sus orígenes, y las razones elitistas que justificaban otorgarle al Poder Judicial la “última palabra” constitucional.

Sobre la “dificultad contramayoritaria”

Me concentro ahora en un segundo problema que afecta al Poder Judicial y que Alexander Bickel popularizó, en 1961, como “dificultad contramayoritaria”. Se refería al hecho de que el poder con las credenciales democráticas más débiles (por el modo indirecto en que son electos sus miembros, por su permanencia en el cargo, etc.) fuera capaz, en democracia, de “ganarles” o “torcerles el brazo” –por ejemplo, invalidando una ley– a los órganos políticos que por