

Supreme Hubris: How overconfidence is destroying the Court and how we can fix it¹

Aaron Tang²

Existen varios sesgos cognitivos que afectan la manera en que las personas toman decisiones. De acuerdo con Daniel Kahneman, el más dañino de todos es el exceso de confianza entendido como la sobreestimación en nuestra capacidad. En este libro se analiza cómo el sesgo de exceso de confianza afecta a los ministros de la Suprema Corte de Estados Unidos. En la primera parte, se explica cómo el exceso de confianza es la causa de la crisis de legitimidad en la Corte. A diferencia de otros periodos difíciles, en la integración de 2021, los ministros no se sometieron ni estaban dispuestos a ceder ante los precedentes de las integraciones anteriores. En cambio, sus sentencias parecen sugerir que existe una única respuesta jurídica correcta ante casos difíciles, incluso en aquellos casos en los que, en realidad, las partes tienen argumentos jurídicos fuertes y no es clara cuál es la decisión correcta.

En la segunda parte, se ofrece una solución para frenar este poderoso sesgo psicológico. La Corte, en lugar de basarse, por ejemplo, en argumentos legalistas sobre el significado original de la ley debe decidir aplicando el principio del menor daño posible. Este principio consiste en resolver en contra de la parte con la mayor capacidad para minimizar su propio daño utilizando otras opciones de solución a su disposición.

La aplicación de este principio puede ayudar a la Suprema Corte a frenar los problemas de desconfianza y legitimidad pública al reconocer a través de sus sentencias opciones para los grupos perdedores que les permitan hacer valer sus intereses en el sistema democrático en lugar de luchar para derribarlo.

CONTENIDO

El problema

El problema	2
Desconfianza y democracia	2
La trampa partidista.....	2
Exceso de confianza	2
Los tiempos estaban cambiando	3
La solución	3
Qué hacemos cuando no sabemos	3

¹ Síntesis elaborada por: María José Camacho Clemente.

² Tang Aaron. "Supreme Hubris: How overconfidence is destroying the Court and how we can fix it". Yale University Press.

El principio del menor daño	5
Reconstruyendo la confianza	6
Reincidencia.....	7
La encrucijada.....	7

El problema

Desconfianza y democracia

Desde 2010, la aprobación de la Corte se ha desplomado; entre 2011 y 2017, el promedio de aprobación era de 45,9%. La desconfianza en la Suprema Corte y la disminución de la legitimidad pública presagia graves consecuencias para la democracia. La ciudadanía ha manifestado niveles bajos de confianza en el Congreso, los medios de comunicación y el ejecutivo federal. Estados Unidos no puede permitirse que la Suprema Corte corra la misma suerte, este país ya no puede soportar una mayor erosión de sus instituciones democráticas más importantes. Si lo hace, no está claro qué normas o instituciones mantendrán la legitimidad necesaria para convencer a la ciudadanía que vale la pena mantener la democracia.

La trampa partidista

El diagnóstico más común del problema de confianza pública de la Corte es el partidismo político. En este sentido, la mejor manera de predecir cómo votarán los ministros en un caso de alto perfil es preguntarse cuál es el resultado preferible al partido político que nombró a la mayoría de los integrantes de la Suprema Corte.

Si bien el partidismo es claramente una parte importante del problema de confianza pública de la Corte, esto es una explicación incompleta, los ministros siempre han sido partidistas y, sin embargo, estos han disfrutado de periodos de alta confianza pública como sucedió durante la presidencia de John Marshall y la época del *New Deal*. La aparente popularidad de la Corte en estos periodos sugiere una relación imperfecta entre partidismo y legitimidad pública. En ambos períodos, los presidentes nominaron a los ministros con la clara expectativa de que estos emitirían votos políticamente favorables sobre cuestiones políticas relevantes y los ministros cumplieron. Sin embargo, el partidismo de la Corte no tuvo como consecuencia la pérdida de confianza pública. En otras palabras, el partidismo judicial por sí solo no generó una desconfianza pública desenfrenada. En estos periodos, la Corte fue más humilde que la Corte actual. Sin los efectos dañinos del exceso de confianza, el partidismo político no amenazó su legitimidad.

Exceso de confianza

¿Cómo la Corte mantuvo su legitimidad a pesar de un ambiente partidista? Un factor decisivo fue la humildad del ministro Marshall. De forma consistente, el ministro expandió la autoridad del gobierno federal a través de opiniones en las que humildemente reconocía los límites del poder de la propia Corte. Por ejemplo, en el

asunto *Cohens v. Virginia* estaba en juego la facultad del estado de Virginia para perseguir penalmente a unos hermanos que habían vendidos tickets de lotería contraviniendo las leyes de Virginia. Los hermanos Cohen sostenían que las leyes federales le permitían esta venta. La Corte de Virginia votó en contra de los hermanos Cohen y acudieron a la Corte. Virginia sostenía que la Suprema Corte no tenía la facultad de decidir este caso debido a que la soberanía del estado traía como consecuencia que sus fallos no fueran sujetos a revisión por la Suprema Corte. A pesar de ser federalista, el ministro Marshall se unió a los otros ministros votando que Virginia podía perseguir penalmente a los hermanos Cohen debido a que los estatutos federales no fueron creados para que se aplicaran en Virginia. Sin embargo, adicionó que la Suprema Corte puede revisar las interpretaciones de tribunales estatales que realizan a leyes federales. En este caso, la presidencia de Marshall fue capaz de consagrar principios federalistas sin parecer que estos eran impuestos a sus enemigos políticos.

Daniel Kahneman define el sesgo de exceso de confianza como la confianza excesiva en lo que creemos saber y nuestra aparente incapacidad para reconocer el alcance total de nuestra ignorancia e incertidumbre.

Los tiempos estaban cambiando

El originalismo y el constitucionalismo son teorías interpretativas que dotan a los jueces de herramientas para dar respuesta a cuestiones jurídicas enormemente difíciles. Esto tiene como resultado una cultura jurídica en la que los jueces rara vez reconocen la incertidumbre de los casos que enfrentan o bien, admiten cuando ambas partes en un asunto tienen argumentos fuertes y creíbles. En cambio, los jueces actúan como si cualquier complejidad o ambigüedad pudiera resolverse con la herramienta jurídica adecuada, ya sea a través de conocer la intención del constituyente (como en el caso del originalismo) o los esfuerzos judiciales para aplicar precedentes de acuerdo con la evolución de los valores de la sociedad (como en el constitucionalismo).

Al encaminar a los jueces por este camino, ambas teorías interpretativas han infundido al tribunal una gran confianza. Los jueces de hoy se sienten alentados por creer que tienen la capacidad de descubrir significados constitucionales singulares y soluciones únicas a los desacuerdos más profundos de la sociedad.

Éste, entonces, es el enigma fundamental que enfrenta la Suprema Corte actualmente. Los ministros, respaldados por sus teorías constitucionales favoritas, abordan cuestiones jurídicas difíciles con un peligroso grado de exceso de confianza en su capacidad para descubrir respuestas correctas. Esto, a su vez, ha intensificado el partidismo en la corte y ha ampliado las marcadas divisiones entre el pueblo estadounidense.

La solución

Qué hacemos cuando no sabemos

Si el exceso de confianza es la raíz de la crisis de legitimidad de la Suprema Corte, el primer paso hacia una solución debe comenzar con el antídoto natural del exceso de

confianza: la humildad. En este contexto, la humildad se entiende como la habilidad para reconocer y admitir que en algunos de los principales casos que dividen a la sociedad, ningún análisis o técnica jurídica ofrecerá una respuesta clara.

¿Qué debería hacer la Corte ante casos con cuestiones morales y jurídicas complicadas? El *Cruzan vs Missouri* puede ilustrar este punto, pues en él se encontraban en juego, por un lado, el derecho a morir dignamente y, por el otro, el interés del estado de proteger la vida. En este asunto, Nancy Cruzan sufrió un accidente automovilístico que la dejó en estado vegetal. Los padres de Nancy acudieron al Tribunal de Missouri para solicitar interrumpir la alimentación artificial y que su hija pudiera tener una muerte digna. Sin embargo, los padres no contaban con un testamento o algún documento en el que expresara sus deseos en esta situación. Ante este dilema, el Tribunal de Missouri resolvió a favor del estado y los padres decidieron acudir a la Suprema Corte.

Con este caso, la Suprema Corte se enfrentó a un caso moral y legalmente difícil. Por un lado, la decimocuarta enmienda garantiza la irrenunciabilidad del derecho a la libertad que poseen todas las personas. Por el otro, la misma enmienda establece que el estado puede privar a las personas de esta libertad si y solo si se somete al debido proceso. Al resolver, la Corte partió de la buena fe de los argumentos de ambas partes y reconocieron que Nancy tenía la libertad de rechazar tratamientos no deseados, sin embargo, el estado tenía el interés de proteger la vida de los pacientes contra decisiones abusivas o decisiones incorrectas que ponen fin a la vida

¿Era el estándar probatorio lo suficientemente claro y convincente para navegar la tensión entre dos intereses opuestos? La respuesta de la Corte fue sí, convirtiendo al estado de Missouri en el ganador nominal del caso.

Para resolver este caso, la Corte formuló una pregunta sencilla: si se equivocaba -algo muy posible, dada su dificultad jurídica-, ¿qué parte estaría en mejores condiciones de protegerse del daño resultante? La Corte comenzó evaluando qué pasaría si permitiera por error que Missouri continuara con la nutrición artificial de Nancy. En este supuesto, se mantendría el *status quo*. Una decisión equivocada en este sentido podría eventualmente corregirse o mitigarse su impacto de varias maneras. Por ejemplo, los Cruzan podrían descubrir y aportar nueva evidencia sobre los últimos deseos de Nancy o la presión pública podría prevalecer para promulgar cambios en las leyes estatales, tales como reducir el estándar de evidencia requerida en estos casos o alentar a las personas a especificar sus deseos para el final de la vida por adelantado. En contraste, si la familia ganaba, un error en la decisión de retirar el tratamiento de soporte vital no sería susceptible de corrección ya que la muerte es definitiva e irrevocable y no habría manera de deshacer el daño que resultaría si resultara que la Corte se hizo cargo del caso de forma equivocada. Por tal motivo, la Corte resolvió a favor del estado, no porque los ministros creyeran que la Constitución, su historia o los valores sociales actuales así lo exigían. Sino más bien, reconocieron humildemente la posibilidad de que pudieran decidir el caso incorrectamente y que tal error causaría un daño significativo al lado perdedor. Incapaz de encontrar una respuesta única y correcta a una pregunta terriblemente difícil, la Suprema Corte intentó causar el menor daño posible. En este sentido, la Corte resolvió a favor del lado con peores opciones para proteger sus intereses después de la derrota.

El principio del menor daño

A finales de 2020, la popularidad de la Suprema Corte incrementó a su nivel más alto en años recientes con un apoyo prácticamente uniforme entre republicanos (60%) y demócratas (56%). Este aumento en la confianza pública se explica en la aplicación del principio de menor daño en muchas de las decisiones de alto perfil de la Corte en este año. La aplicación de este principio es evidente en *Trump vs. Vance* y *Trump v Mazars*. A pesar de que en ambos versan sobre citaciones para presentar información sobre Donald Trump, la primera solicitada por la Fiscalía de Nueva York y la segunda por el Congreso, la Suprema Corte resuelve a favor de Nueva York y en contra del Congreso. La divergencia se explica por el principio de menor daño.

- Trump vs Vance

Cyrus Vance, fiscal de distrito de Nueva York, solicitó 10 años de información financiera detallada de Trump con el propósito de investigar transacciones comerciales que pudieran violar la ley estatal. Si bien el gobierno federal tiene la facultad de solicitar información para investigar delitos de cualquier persona, incluyendo al presidente, en este asunto, la solicitud se realiza desde el ámbito estatal. Esto permitiría la solicitud de citaciones judiciales (*subpoenas*) por parte de 50 estados que podría traer consigo un mayor deterioro de la capacidad de un presidente para cumplir con sus deberes en el cargo.

Existen tres posibles daños que el presidente podría sufrir si se permiten la solicitud de citaciones judiciales por parte de los estados: 1. desvío de sus deberes oficiales, 2. el estigma de ser objeto de una citación y 3. acoso por parte de estados con motivaciones políticas. El daño para Nueva York reside en que los estados serían incapaces de adquirir toda la información necesaria en el marco de una investigación sobre violaciones de leyes estatales.

Ante estos daños, la Corte debe determinar qué lado tiene mayor capacidad para protegerse a sí mismo en caso de perder el asunto. Las opciones del presidente son: 1. solicitar la protección de su información para evitar su divulgación y el estigma que anticipa el presidente o 2. la posibilidad de solicitar la denegación de citaciones judiciales con fines de acoso o de mala fe. En cambio, los daños de un fallo en contra de Nueva York significarían la posible impunidad de estos asuntos ya que se permitiría el bloqueo de citaciones judiciales y que posibles violaciones a leyes estatales no se descubrieran.

El presidente Trump puede enfrentar estos daños impugnando cualquier citación que, en su opinión, se hayan emitido, por ejemplo, para acosarlo. A diferencia del presidente, las consecuencias para Nueva York serían más perjudiciales, toda vez que no tendría forma significativa de proteger sus intereses en materia penal si perdiera el caso. Por tal motivo, la Corte aplicó el principio del menor daño y falló a favor de Nueva York.

- Trump vs Mazars

La pregunta central en este caso es definir cuál es el alcance del poder de citación del Congreso. La Corte sostuvo que las citaciones del Congreso para solicitar información del presidente deben ser evaluadas bajo tres consideraciones específicas. Primero, el Congreso no puede solicitar información del presidente si existen otras fuentes que

podiera proporcionarle al Congreso la información que necesita a la luz de los cambios legislativos que pretende. Segundo, las citaciones no deben ser más amplias de lo razonablemente necesario para las reformas legislativas del Congreso. Tercero, el Congreso debe demostrar que realmente persigue un propósito legislativo válido. En este asunto, la Suprema Corte anuló el fallo del tribunal inferior y ordenó aplicar estos tres criterios. A pesar de que esta decisión fue a favor del presidente Trump, permite que el Congreso puedan emitir ordenes de citaciones judiciales más acotadas y cumpliendo con los tres criterios antes mencionados.

La votación en ambos casos refleja un punto medio entre conservadores y liberales. En *Vance*, tres ministros conservadores (incluidos Gorsuch y Kavanaugh) se unieron a los liberales para resolver en contra del presidente. En *Mazars*, los cuatro jueces liberales se unieron a los conservadores para votar a favor de Trump. Con opciones para reparar los daños para la parte perdedora, ninguna de las partes sintió la necesidad de atacar la credibilidad de la Corte.

A pesar de que formalmente la Corte no ha declarado la adopción del principio de menor daño, el análisis de estos casos revela los tres pasos para su aplicación:

1. Este principio se utiliza para decidir casos complejos entendidos como aquellos en los que ambas partes poseen sólidos argumentos jurídicos.
2. Identificar los daños que sufrirían las partes ante un fallo en su contra.
3. Identificar qué lado estará en una mejor posición para disminuir o evitar los daños causados por el fallo en caso la Suprema Corte resuelva en su contra. Por ejemplo, en *Mazars*, el Congreso puede obtener la información a través de citaciones presidenciales más estrechas o citaciones judiciales a otras fuentes.

En ambos casos, la pregunta que subsiste es ¿cómo una mayoría bipartidista llegó a este resultado? Los ministros no pretendieron descubrir una única respuesta correcta; en cambio, reconocieron humildemente los intereses de ambas partes y compararon los daños que traería para cada uno en caso de una sentencia adversa a sus intereses.

Reconstruyendo la confianza

La utilización del principio de menor daño en las decisiones complejas de la Suprema Corte promueve principalmente tres ventajas en beneficio del tribunal y la ciudadanía:

- **Proporciona a la parte perdedora respuestas productivas.** En *Mazars*, a pesar de perder este asunto, el Congreso mantuvo la posibilidad de emitir citaciones más estrechas respecto a Trump para obtener información para fines legislativos. Cuando la Corte asegura que los perdedores tengan la habilidad de obtener lo que desean por otros medios, hay pocas razones para poner en duda la legitimidad de la Corte e involucrarse en contra de la Corte como institución.
- **Produce un enfoque más constructivo en los fallos de la Corte.** Cuando la Corte resuelve basándose en la capacidad relativa de las partes para evitar los daños de un fallo adverso, los jueces tienden a escribir sentencias en las que afirman los intereses y argumentos legítimos de ambas partes sin restringirla en declarar un claro vencedor en el caso.

Una vez que la Corte reconoce que se trata de un caso en el que ambas partes poseen argumentos jurídicos fuertes, se elimina la necesidad de menospreciar

la posición de la parte perdedora. La mejor manera de prevalecer en un caso difícil es, por el contrario, señalar soluciones constructivas, es decir, la parte que identifique de forma más efectiva la forma en que se oponente puede evitar el daño es la que ganará el caso.

- **Reduce el partidismo en la Corte.** La aplicación de este principio puede mejorar la legitimidad de la Corte al reducir la percepción pública de que la Corte simplemente está involucrada en una política partidista. Al reconocer desde la humildad la dificultad que enfrenta la Corte ante casos relevantes y difíciles, la Corte retira la obligación de tener que brindar una respuesta única e inamovible en este tipo de asuntos. El resultado de aplicar este principio es un modo de decidir casos difíciles que no es políticamente predecible: si prevalece el lado progresista o el conservador dependerá menos de los antecedentes políticos de los jueces y más de las alternativas que posee cada lado para asegurar sus intereses.

Reincidencia

A pesar de que en el periodo 2020-2021 la Corte gozó de altos niveles de confianza y legitimidad público esto cambio al año siguiente. La muerte de la ministra Ruth Bader Ginsburg y su reemplazo por la ministra Amy Coney Barrett, trajo consigo una Corte integrada por una mayoría conservadora que ha adoptado un enfoque en gran medida insensible a las consecuencias inmensamente dañinas de sus fallos. Con esta integración y en contraste con el periodo 2020-2021, la Suprema Corte resolvió ha resuelto casos de alto perfil en los que no implementó el principio del menor daño, como en *Dobbs vs. Jackson Women's Health Organization*, sentencia que anula el derecho al aborto establecido en *Roe v. Wade*.

Tres posturas resaltan en el caso *Dobbs*. La primera defiende el derecho al aborto bajo el argumento de que, a pesar de que en la Constitución no se menciona la palabra "aborto", ésta se encuentra contenida y protegida en el término "libertad". La segunda es la posición del voto disidente del ministro presidente John Robert, de permitir el aborto antes de la semana 15 y ofrece un tiempo razonable para elegir si se desea ejercer el derecho al aborto. La última y la postura de la mayoría se centra en resolver de forma concluyente que sólo existe una sola respuesta a problemas jurídicos tan complejos: analizar si al momento de adoptar la decimocuarta enmienda en 1868 los estados perseguían penalmente el aborto. Si la respuesta era sí, entonces el término "libertad" que se menciona en esta enmienda no incluía el derecho a abortar.

Al resolver que la Constitución de los Estados Unidos no confiere el derecho a abortar la Corte permitió que los estados puedan regular cualquier aspecto del aborto que no estuviera protegido a nivel federal. Para la parte perdedora, esto se traduce en muy pocas opciones, aquellas mujeres que deseen abortar deben movilizarse a los estados en los que está todavía permitido o arriesgarse a abortar de forma clandestina.

La encrucijada

La postura de la Corte de 2021 a 2022 resolviendo casos complejos sin dejar alternativas a la opción perdedora para resarcir los efectos negativos de sus fallos exige

que la ciudadanía busque alternativas para crear un contrapeso para frenar las resoluciones de la Corte a través de las siguientes estrategias:

- 1) **Proponer reformas estructurales a la Corte como el *court-packing*.** Si los jueces conservadores se vieran obligados a elegir entre pasar el resto de sus carreras en la minoría de una Corte repleta y deslegitimada o ser parte de una Corte más centrista que restablezca la confianza pública en el poder judicial, seguramente optarían por ésta última opción. Esta puede ser una forma de presionar a los ministros conservadores para que adopten una postura que se acerque más al medio.
- 2) ***Jurisdiction stripping*.** El Congreso puede promulgar leyes que eliminen explícitamente la facultad para revisar y pronunciarse en temas específicos. La cláusula segunda del artículo III constitucional establece que la Corte “tendrá jurisdicción de apelación” sujeta a las “excepciones” que haga el Congreso. Si el Congreso decidiera restringir el alcance de revisión de la Corte se le enviaría un mensaje muy claro: continuar por un camino de exceso de confianza conducirá a una disminución del poder de la Corte.

La democracia estadounidense necesita una Corte que argumente razones convincentes para que los grupos perdedores sigan jugando dentro de las reglas de nuestro sistema en lugar de luchar para derribarlo. Al garantizar que los grupos perdedores conserven opciones de reparación después de la derrota, la Corte puede disminuir las demandas sociales que pretenden transformar radicalmente a la Corte.

La Corte enfrenta dos opciones: 1. continuar con decisiones caracterizadas por un exceso de confianza en casos divisivos en el que los ministros se inclinan hacia una determinada dirección política motivada por afiliaciones partidistas. 2. admitir humildemente los límites de su propio conocimiento y decidir con miras a causar el menor daño posible derivado de sus decisiones.

Al reconocer abiertamente estas duras verdades, la Corte puede lograr avances importantes hacia una cultura de humildad jurídica. Al trabajar conscientemente para que los grupos perdedores cuenten con opciones significativas para hacer avanzar sus intereses, la Corte puede garantizar que los próximos capítulos de la historia estadounidense sean constructivos y que las personas trabajen juntas a favor de los intereses compartidos en lugar atacar incesantemente al orden democrático.