

UNIVERSIDAD DE PALERMO

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRIA EN DERECHO

La doctrina constitucional norteamericana de la *revisión judicial*.

BIBLIOTECA
UNIVERSIDAD de PALERMO
Prohibida su Reproducción - Ley 11723

MAESTRANDO: FERNANDO MARTÍN RACIMO

DIRECTOR DE TESIS. DR. ROBERTO P. SABA

BUENOS AIRES, AGOSTO DE 2003.

La doctrina constitucional norteamericana de la *revisión judicial*.

Introducción

La justificación del procedimiento de *revisión judicial* (*judicial review*) frente al sistema democrático ha sido uno de los motivos centrales sobre los que ha girado la teoría constitucional americana en las últimas cuatro décadas. Alrededor de las controversias doctrinales originadas en esta contraposición entre dos aspectos fundamentales del sistema político de los Estados Unidos de América se han edificado, además, planteos de teoría política que llevaron a una reformulación de todo el esquema institucional fundado en la Constitución de Filadelfia de 1787.

Esta incesante producción jurídica ha ido mucho más allá de la construcción de procedimientos de acomodación entre la democracia y la *revisión judicial* ya que la doctrina americana insertó esta discusión en la búsqueda de fundamentos de legitimación del sistema democrático mismo. El control de constitucionalidad de los actos emanados de los otros poderes por los jueces perdió, durante ese lapso, gran parte de los argumentos lógicos e históricos sobre los que se había elaborado como un componente habitual del sistema político norteamericano. La percepción acerca de cierta falta de coherencia entre las disposiciones de los poderes políticos mayoritarios frente a las sentencias de invalidación dictadas por magistrados no elegidos por la voluntad popular se acentuó de tal modo que los procedimientos de estudio de la *revisión judicial* condujeron, paradójicamente, a reconsiderar a esa actividad y —por consiguiente— a la democracia como un sistema político complejo que va más allá del traslado de la decisión popular a los órganos de gobierno.

Esta tesis procurará reseñar ese recorrido intelectual en la doctrina constitucional y su aplicación a la secuencia jurisprudencia del Corte Suprema de Justicia de la Nación y tiene cuatro partes fundamentales.

En primer lugar, el trabajo se dirige a dar un esquema resumido del modo en que había sido concebido el procedimiento de *revisión judicial* hasta la mitad del siglo pasado. Para ello resulta necesario formular una introducción respecto a los fundamentos sobre los que se asienta el sistema norteamericano y, en particular, con relación al concepto de constitución y a la democracia como elementos esenciales de la estructura política moderna. El análisis se extenderá también al profundo grado de interrelación en que se encuentra la *revisión judicial* con el esquema de interpretación constructiva configurado por el sistema del *common law*.

La segunda sección de la tesis se centra en el cuestionamiento producido por Hand, Weschler, Black y Bickel en relación al procedimiento de *revisión judicial* dentro del sistema democrático y a las búsquedas de justificación de la tarea de los magistrados dentro de un sistema democrático.

La tercera parte del trabajo procura formular una reseña de la fragmentación que se ha suscitado en la doctrina constitucional americana a raíz de la reevaluación de la *revisión judicial* frente al sistema democrático. En este orden de ideas, se hará particular hincapié en el hecho de que los juristas norteamericanos han incorporado a esa particular relación al concepto de interpretación del texto y de la práctica constitucional como fundamentos esenciales de toda teoría constitucional.

Finalmente, la conclusión girará en torno a la real repercusión de esas discusiones doctrinarias y en particular en relación a la posibilidad de encontrar una solución coherente en las complejas relaciones entre democracia, constitución y revisión judicial. En este sentido, las consideraciones se centrarán en la situación de imposibilidad en que se ha colocado la doctrina norteamericana para elaborar una teoría coherente que explique, al mismo tiempo, la vigencia del sistema democracia y un cuerpo especializado y elitista de juristas que se encuentran facultados a declarar la constitucionalidad de las normas y decisiones de los otros poderes.

I. La democracia.

Desde sus orígenes en la Grecia clásica la democracia fue, al mismo tiempo, un sistema político controvertido y un proyecto igualitario que ha sido cuestionada por embates desde diversas posiciones filosóficas. No corresponde aquí formular una reseña de estos embates o considerar el itinerario histórico y léxico de la palabra.¹ De todos modos entiendo apropiado tener en cuenta algunos datos históricos que han sido esenciales para la configuración del modelo de democracia americano.

Resulta casi un tópico señalar que la idea de democracia hasta fines del siglo XVIII reflejaba una identificación con el ejercicio de la democracia directa en comunidades poco extensas.² También en esta idea se encontraban incluidas tradiciones propias del pensamiento platónico, aristotélico y cristiano. Entre estas ideas se encontraban esencialmente concepciones que consideraban a la democracia como un sistema de vida en el que predominan las ideas de igualdad y libertad sostenidas sobre la decisión de las mayorías (reunidas a veces en asambleas populares tumultuarias).

Ahora bien, la aparición del concepto de democracia representativa -a partir de las Revoluciones Americana y Francesa- dio un vuelco fundamental a la concepción de la democracia en cuanto se produjo, en términos de la teoría clásica de la representación, una disyunción entre la titularidad y el ejercicio de la soberanía popular.³ La problemática tradicional vinculada con la irresponsabilidad en la toma de decisiones por la asamblea popular conducida por un demagogo perdió relevancia frente a las dificultades surgidas por la delegación de la conducción de los negocios públicos en un grupo de representantes elegidos según la regla de la mayoría.

El modo en que la representación política se ha insertado en el sistema democrático puede ser estudiado a través de modelos de democracia. Held⁴ ha distinguido en este sentido diversas estructuras teóricas que procuran reflejar la modificación que se ha

¹John Dunn, *La agonía del pensamiento político occidental*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996 y Giovanni Sartori, *Teoría de la democracia*, Buenos Aires, Rei ed., 1988.

²Sobre ello ver Montesquieu en el *Espíritu de las Leyes*, la definición de la Enciclopedia como "una de las formas simples de gobierno, en el cual el pueblo, como un cuerpo único, posee la soberanía... Es desventajosa para los grandes estados" (Diderot y D'Alembert, *Artículos políticos de la Enciclopedia*, Barcelona, Ed. Altaya 1994, pág. 22) y la afirmación de Hobbes respecto a que "los que se reúnen para formar un Estado, casi por el mero hecho de reunirse, son democracia" en *Tratado sobre el ciudadano*, Madrid. Ed. Trotta, 1999, pág. 70).

³Entiéndase aquí gobierno representativo como algo más que la mera representación porque la idea de representación política moderna supone el control de los representantes por los representados mediante instituciones operantes en tal sentido. H. F. Pitkin, *El concepto de representación*, Madrid., Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pág. 261.

⁴Modelos de democracia, México, Alianza Ed., 1992.

sufrido históricamente ese concepto. La enumeración comprende paradigmas tales como el de la *democracia clásica* (al estilo ateniense), la *democracia protectora* (vertebrada sobre las ideas de Madison y Bentham), la *democracia desarrollista* (que contemplaba la mutua interpenetración entre ciudadano y estado democrático al estilo de Stuart Mill), la *democracia directa* (estructurada sobre los modelos de explotación y alienación construida por Marx), la *democracia elitista competitiva* (basada en Weber y Schumpeter), la *democracia pluralista* (en la que se contempla con atención las preferencias individuales de las personas), la *democracia legal* (basada en el símil con un mercado libre) y la *democracia participativa* (que supone la inclusión concreta de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos políticos).

Una división distinta respecto de los modelos actuales de democracia es la de Arend Lijphart⁵, quien distingue un tipo de democracia mayoritaria (modelo Westminster) apropiada para las sociedades homogéneas de un tipo de democracia de consenso más adecuada para las sociedades plurales, con un modelo intermedio como es el de los Estados Unidos en el que se incorpora como institución peculiar el procedimiento de *revisión judicial* como un control a las decisiones de los cuerpos elegidos por las mayorías populares.

Más allá de estas posibilidades, lo cierto es que la idea de democracia se asienta sobre un sistema que supone, en términos esenciales, un procedimiento que se centra en el autogobierno del pueblo. El sistema será más democrático, en este aspecto, cuanto más se acerque a las decisiones concretas y continuas del pueblo basadas en la regla de la mayoría. La democracia en estado puro supone -al estilo de Rousseau⁶- un pueblo en estado constante de ejercicio de sus derechos políticos que mira con disfavor el desplazamiento de esa actividad mediante los mecanismos de representación política.

Dadas las características de las repúblicas extensas modernas, este presupuesto es, naturalmente, impracticable. Sin embargo, subsiste en todo el pensamiento democrático moderno la idea de que debe existir algún tipo de mecanismo que favorezca al autogobierno del pueblo. La concepción -relativamente mítica- que pretende que la soberanía del pueblo se imponga sobre los gobernantes sigue vigente como un norte real para todo sistema que se entienda como realmente democrático. La idea de que esta soberanía pueda ser reemplazada por otros mecanismos -el mercado, la burocracia estatal, los intelectuales, la clase trabajadora, los jueces, entre otros- provoca una mirada de resquemor por parte de toda sociedad que se precie de democrática.

Surge aquí otra dificultad que va más allá del problema de la extensión (solucionada por el sistema de la representación política). Esta dificultad se centra en una cuestión temporal. Si el pueblo debe ser el que gobierne y el gobierno debe -como pauta hipotética de conducta- hacer lo que el pueblo quiera, parece difícil considerar que exista algún tipo de mecanismo jurídico permanente porque toda decisión está sometida a revisión constante por la voluntad popular. Toda decisión legislativa fundada en el principio de la soberanía popular se encuentra sometida a una vigencia relativa en lo

⁵Las democracias contemporáneas, 2a. ed. Barcelona, Ariel Ed. 1991.

⁶Ver al respecto José Rubio Carracedo, *Democracia o representación? Poder y legitimidad en Rousseau*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990 y Antonio Torres del Moral, Modelo y antimodelo en la teoría política de Rousseau, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, n° 203, sept-oct. 1975.

temporal. No existen anclajes jurídicos suficientes que den seguridad jurídica ni que protejan a las minorías de las opresiones de la voluntad de las mayorías.

Para superar esta dificultad surgen las ideas de la constitución y de las declaraciones de derechos.

La cuestión del alcance de la definición de la democracia excede, naturalmente, los límites de este trabajo. Sólo queda por mencionar que la democracia en las sociedades modernas no se encuentra limitada a la mera elección popular o al reconocimiento inmediato por parte de los gobernantes de las cambiantes decisiones de la voluntad popular o de la opinión pública. El ámbito de extensión de sentido de la palabra democracia alcanza a conformar un sistema en el que debe haber un control de decisiones gubernamentales sobre funcionarios electos y sustituibles mediante elecciones libres en las que participan todos los adultos que tienen, además, la capacidad de presentarse como candidatos. En esta sociedad se requiere la protección de la libertad de expresión y el libre ejercicio de la crítica pública con acceso a las diversas fuentes de información con la posibilidad de formar asociaciones autónomas entre las que se incluyen las asociaciones políticas.⁷

⁷Robert A. Dahl, *La democracia y sus críticos*, Barcelona, Ed. Paidós, 1993, pág. 281.

II. La constitución.

El concepto actual de constitución supone una norma escrita superior a la legislación ordinaria que establece la estructura básica de las instituciones estatales con una serie de derechos y garantías y cuya característica formal esencial es que sólo puede reformarse bajo ciertos recaudos especiales. Se trata de una ley escrita distinta a las emanadas de la legislatura, con una reforma dificultada como característica formal que surge de un acto del poder constituyente y que consagra ciertos derechos y garantías fundamentales originados en la voluntad soberana del pueblo.⁸

Sin embargo, esta idea de constitución sólo se formó también en el último tercio del siglo XVIII. Durante la vigencia de la *polis* podría señalarse que el concepto más cercano a tal concepción era el de *politeia* en tanto ésta hacía alusión al gobierno y a la administración o posesión de un cargo público y -lo que tienen más relevancia en este contexto- al gobierno civil del estado como forma de gobierno y en especial como el gobierno de los libres opuesto al de los tiranos.⁹ Las leyes fundamentales que se consideraron como relevantes durante algunos períodos de la Edad Media¹⁰ también tienen un lejano punto de vinculación con este pensamiento que supone que existe algún tipo de distinción en el marco de las diversas reglas emanadas del poder estatal.

El derecho anglosajón podía entenderse como ya separado del derecho continental en el siglo XII y era casi un tópico el considerar que la constitución británica era el mejor sistema de gobierno creado por el hombre.¹¹ Esta constitución incluía, por ejemplo, los tratados y cuasi-tratados (acta de unión con Escocia de 1707), los precedentes y usos (*common law*) los pactos (Magna Carta de 1215, *Bill of Rights* de 1688 y el Acta de Establecimiento de 1701) y los estatutos y leyes (las actas votadas por las dos cámaras y

⁸Sobre estas características básicas ver Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Ed., 1992 y Carlos S. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1997 y Nicola Matteucci, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Madrid, Ed. Trotta, 1998.

⁹*Liddell-Scott Lexicon of Classical Greek*.

¹⁰Sobre las concepciones políticas de la Edad Media y su muy distinta comprensión del modo en que se funda el poder y la concepción de las leyes fundamentales, ver Walter Ullman, *Principios de gobierno y política en la Edad Media* Madrid, Alianza Ed., 1985; Otto Gierke, *Political Theories of Middle Ages*, Cambridge University Press, reed. por Thoemmes Press, 1996 y Carl Schmitt, *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*, Madrid, Revista de Occidente, 1968.

¹¹ En la Declaración de Independencia de Estados Unidos puede verse, inclusive, esta distinción, ya que -como ha señalado John Phillip Reid- ninguna colonia francesa o española podía reivindicar como derechos naturales el juicio por jurados, la representación legislativa, la inamovilidad judicial sujeta a la condición de la buena conducta, la gravación de impuestos por consentimiento popular y la libertad frente a los ejércitos en armas (*standing armies*); ver In accordance with usage: the authority of custom, the Stamp Act debate, and the coming of the American Revolution, 45 *Fordham Law Review* 335, 337, nota 9 (1976).

que la corona sancionó libremente.¹² Más allá de las peculiaridades que pueden advertirse en este aspecto, lo cierto es que esta concepción era hija todavía de los marcos tradicionales dentro de los que se había movido el pensamiento político griego.

El cambio de paradigma se presenta en el período formativo de los Estados Unidos de América y más precisamente entre los años 1763 y 1787. Es en este período en el cual la idea de una constitución como ley fundamental -en su doble acepción como punto de origen de la nación misma y como sistema organizador de las instituciones estatales- surge y se afianza de un modo distintivo. El surgimiento de las constituciones estatales -la más relevante en este sentido es la de Pennsylvania por su radicalismo democrático- y la sanción de la constitución federal de 1787 contienen este mecanismo retardador de la democracia popular¹³ contenido en diversos instrumentos (representación popular, bicameralismo, veto presidencial) que es el aspecto distintivo de las constituciones modernas.

La sanción del denominado *Bill of Rights* -constituido por las primeras diez Enmiendas- es el otro aspecto que conforma el plexo normativo de toda constitución moderna de protección de las minorías frente a las pretensiones de la mayoría popular. El texto constitucional prototípico actual queda, pues, conformado a través de dos componentes: por un lado la estructura gubernamental basada en un sistema de división de poderes y de controles mutuos y, por otra parte, con una esquema de protección de derechos individuales contra la intervención del Estado y contra las presiones de la opinión pública mayoritaria. Ambos componentes se sustentan, además, en una decisión que ha recibido -al menos formalmente- la ratificación de cierta mayoría calificada que supone ser la expresión de la soberanía popular o de la soberanía de la nación.¹⁴ El complejo problema que se origina con la aparición de este novedoso esquema de poder suprallegal es el modo en que esa constitución se ubica en la teoría jurídica estatal y las formas en que puede mantenerse sin ser erosionada por la actividad de los poderes ordinarios o por la presión de la cambiante voluntad popular.

¹²E. Boumy, *Etudes de Droit Constitutionnel*, Paris, Plon Ed., 1885, pág. 9 y sig.

¹³Para esta idea de una tensión entre la democracia radical y la estructura de la Constitución de 1787, ver Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ed. Ariel, 1996.

¹⁴ Existen diferencias sutiles en el desarrollo de los conceptos de la soberanía del pueblo y de la nación que pueden advertirse con claridad en la obra de Joaquín Varela Suances, *La teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispano (Las Cortes de Cádiz)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983

III. La constitución como norma suprema.

La constitución de los Estados Unidos de América dispone en su artículo VI que “esta constitución, y todas las leyes de los Estados Unidos dictadas en consecuencia; y todos los tratados hechos, o que se hagan en el futuro, bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la ley suprema del país (*the supreme law of the land*); y los jueces en cada estado estarán vinculados en consecuencia, a pesar de cualquier constitución o leyes de cualquier estado que sea contraria a ella.

Esta afirmación básica pone en evidencia la dificultad en que se encuentra desde el origen todo sistema constitucional -entendido en los términos ya señaladas- para conciliarse con la democracia entendida como afirmación de la voluntad popular basada en el autogobierno. Es posible puntualizar que casi todo el esquema de *revisión judicial* intenta superar esta discrepancia entre una norma superior con vocación de permanencia frente a la cambiante voluntad popular que se ejercita en las democracias directas por la vía de la aclamación popular y en las democracias representativas por la decisión del órgano legislativo como instrumento eminente de la voluntad popular.

Corresponde tener en cuenta, además, que el moderno concepto de constitución se ha edificado sobre la presencia de una constitución escrita.¹⁵ Esta supremacía de la constitución requiere que ella pueda ser contrapuesta -mediante un proceso lógico de comparación- con las normas o actos reputados de inconstitucionales. El órgano estatal que se ocupará de llevar a cabo este cometido es precisamente el mayor punto de debate respecto a la definición y alcance del procedimiento de revisión de las leyes ordinarias.

No me detendré en ese aspecto porque -como se verá más adelante- de la idea de una constitución escrita no se sigue que ese procedimiento de revisión se encuentre ineludiblemente concedido a los jueces. De todos modos, la Corte Suprema americana ha puesto de resalto que esa norma suprema reconocida en *Marbury v. Madison* implica, asimismo, “el reconocimiento del principio básico en el sentido que la jurisdicción federal es suprema en la exposición de la ley de la constitución (*law of the Constitution*), y que ese principio ha sido desde entonces respetado por esta Corte y la nación como un rasgo permanente e indispensable de nuestro sistema constitucional”¹⁶

Frente a ello permanece como relativamente vigente en algunos ámbitos -que cuestionan la supremacía de la corte respecto de los restantes poderes del gobierno- la

¹⁵“Todos aquellos que han creado constituciones escritas las contemplan como formando una fundamental y suprema ley de la nación” (Marshall en *Marbury v. Madison* 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177. Sin embargo, la cuestión debe ser matizada también con otras fuentes del derecho que en los albores de la vida independiente se consideraban como equiparadas al texto escrito, ver Thomas C. Grey, *Do we have an unwritten constitution?*, 27 *Stanford Law Review* 703 (1975) y *Origins of Unwritten Constitution: Fundamental Law in American Revolutionary Thought*, 30 *Stanford Law Review* 843 (1978), Suzanna Sherry, *The Founders’ Unwritten Constitution*, 54 *The University of Chicago Law Review* 1127 (1987) y Jed Rubenfeld, *The new unwritten constitution*, 51 *Duke Law Journal* 289 (2001) y *Reading the Constitution as Spoken*, 104 *The Yale Law Journal* 119 (1995)

¹⁶*Cooper v. Aaron* 358 US. 1, 18 (1958).

idea de que los funcionarios no judiciales están autorizados a interpretar la constitución según su propia decisión. Tal perspectiva no cuestiona el principio del constitucionalismo ni la supremacía de la constitución misma. Su fundamento puede encontrarse en principios de *Realpolitik*, en planteos referentes a la división de poderes y en la preferencia de obediencia a la constitución por sobre las decisiones de la cortes suprema.¹⁷

La cuestión de la supremacía de la interpretación de la constitución es, en cierto sentido, relativa. Su interpretación puede cambiar a través de una Enmienda constitucional (la que en realidad altera el texto mismo de la constitución) o por un nuevo proceso de interpretación judicial en el que pueden participar los restantes poderes políticos del gobierno, además de la corte suprema misma.¹⁸

Sin embargo, esta supremacía de la corte en la interpretación o exposición de la constitución estadounidense tiene dificultades en su justificación frente a los restantes brazos del gobierno que se encuentran más cercanos, por lo general, a la decisión de la voluntad popular. Para esta etapa del trabajo sólo cabe consignar que tanto la *revisión judicial* como la supremacía de la corte en la interpretación de la Carta Magna aparecen como *prima facie* incoherentes con una visión de un gobierno republicano cuya fuente soberana es el pueblo.

En resumidas cuentas, la constitución escrita como norma suprema del país y la interpretación autoritativa de esa constitución por el órgano supremo del poder judicial son esenciales para comprender las relaciones entre jueces y *revisión judicial* dentro del sistema democrático americano. La justificación de esos procedimientos y de la legitimación de la corte para dictar sentencias con ese alcance constituyen los motivos esenciales sobre los que ha versado la discusión de la teoría constitucional en las últimas décadas.

¹⁷Sobre una descripción de tales posiciones en contra de la supremacía de la Corte ver Larry Alexander y Frederick Schauer, On extrajudicial constitutional interpretation, 110 *Harvard Law Review*, 1359 (1997).

¹⁸Sobre estos aspectos, ver Allan Ides, Judicial Supremacy and the Law of the Constitution, 47 *UCLA Law Review* 491, 518 (1999).

IV. La relación entre democracia y constitución en la constitución americana.

La transformación del concepto de constitución como una estructura general de gobierno hacia la moderna idea de una carta escrita otorgada por los representantes del pueblo con un carácter distintivo es una de las notas distintivas de la Revolución Americana. Las convenciones estatales se convirtieron desde cuerpos legislativos con deficiencias formales en órganos creadores de constituciones que se consideraron como diferentes y ubicadas en un escalón superior a la legislación ordinaria.

El preámbulo de la Constitución Norteamericana de 1787 establece claramente que la fuente de la soberanía se encuentra en el pueblo de la confederación. Menos claro resulta, en cambio, delimitar cuál era el cuerpo político que pretendían conformar los *Framers*. En este sentido, no cabe duda de que procuraban establecer una república frente a los vicios de la monarquía de Jorge III. El problema se centraba en considerar en el método eficiente para trasladar la idea de democracia directa hacia la estructura de la democracia representativa. De todos modos, la concepción del gobierno democrático ya se encontraba afianzado a principios del siglo XIX como un componente esencial del sistema político norteamericano.

La unión entre democracia, república y sistema representativo fue planteada en términos explícitos por Madison en la década de 1780¹⁹ y a principios de la década siguiente los americanos llamaban a sus gobiernos como democráticos en cuanto toda autoridad se consideraba derivada por representación desde el pueblo y dicho principio democrático alcanzaba a todos los aspectos de la administración estatal.²⁰

Esta tendencia radical no fue aceptada inmediatamente como *textus receptus* por las interpretaciones doctrinaria y judicial norteamericana de aquel entonces que todavía mantenía la idea de que debían construir una república inmune a las pretensiones demagógicas. Empero, la pretensión de formar una república aristocrática -al modo de las Provincias Unidas- o de mantener la teoría del gobierno mixto -al estilo de la constitución británica- fue despejada para siempre, lo cual se acentuó con la incorporación de los partidos políticos a partir de 1800 dentro de la organización política americana.²¹

¹⁹En términos sencillos puede decirse que Madison tendía a remodelar el concepto de república para asimilarlo a lo que hoy se llama democracia representativa (Robert A. Dahl, *Un prefacio a la teoría democrática...* pág. 19). Para una explicación más amplia del concepto de república como embebido en las tradiciones clásica y renacentista, ver J.G.A. Pocock, *The Machiavellian moment. Florentine political thought and the Atlantic Republican Tradition*. Princeton, Princeton University Press, 1975.

²⁰Gordon Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1998, págs. 595 y 603.

²¹Sobre este aspecto ver las consideraciones de William Nisbet Chambers en su obra *Political Parties in a New Nation. The American Experience 1776-1809*, New York, Oxford University Press, 1963.

Aceptada esta relación democrática entre la constitución y el sistema de gobierno norteamericano, pronto surgió la desconfianza hacia la posibilidad de que los jueces declararan nulas a las leyes emitidas por la voluntad popular emanada de las legislaturas estatales. Ello iba en contra de la tradición de la legislatura como cuerpo soberano del estado y suponía soslayar la desconfianza habitual de los americanos de entonces hacia la discreción judicial. Una primera solución se basó en considerar que la idea de la declaración de inconstitucionalidad judicial no era una usurpación del ejercicio de otro poder por parte de los magistrados, sino que se trataba de una tarea propia de un sistema único como el norteamericano en el cual la constitución era una ley fundamental que limitaba los poderes de la legislatura.²² Antes de la sentencia dictada por la Corte Suprema en *Marbury v. Madison* podía considerarse que existían voces que aceptaban esta particular independencia de los magistrados cuya situación había cambiado en la sociedad política. La labor judicial no era superior a la tarea legislativa ya que ambas debían considerarse subordinadas a la decisión popular expresada en la constitución de 1787.²³ Podría decirse que la gran creación de Marshall —continuada por Story— consistió en la división entre el derecho y la política que le dio a la constitución una estatuta moral que se negaba al proceso político.²⁴

Esta idea ha tendido a diluirse en los últimos cuarenta años porque la Corte moldeó hasta límites sorprendentes esta mutua dependencia de los poderes del gobierno respecto de la voluntad de los gobernados. El rasgo más peculiar del sistema norteamericano ha surgido de esta ampliación de funciones de la judicatura, funciones que siempre han sido miradas con poco favor por el sistema continental que considera que la labor de los jueces consiste en la tarea deductiva de interpretación de la ley formal al caso en estudio. También la *revisión judicial* desplegada en los Estados Unidos se aparta del régimen del juez del *common law* británico que —al menos desde los inicios del siglo XVIII— ha reconocido la soberanía absoluta del Parlamento. Estas particularidades hacen, pues, necesario definir cuál es el origen y alcance de la *revisión judicial* en la doctrina jurídica norteamericana.

²²Wood, *ibidem*, pág. 455 y 459.

²³El tema de la *revisión judicial* no fue considerado expresamente en la Convención de Filadelfia y sólo surgió realmente en los debates posteriores de ratificación que dieron origen finalmente a los n° 78, 81 y 82 de *El Federalista* y Bernard Baylin, *The Ideological Origins of American Revolution*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1992, pág. 329 nota. 13.

²⁴ Este aspecto ha sido puntualizado por Joyce Appleby quien destaca que la ley fundamental se hipostasió como una especial fuente de justicia separada de del mundo cotidiano de las elecciones partidarias y de la negociación en el ámbito legislativo. *Liberalism and Republicanism in the History Imagination*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1992, pág. 228.

V. El concepto de *revisión judicial*.

“Por ‘*revisión judicial*’ entiendo la práctica seguida por nuestras cortes de controlar acerca de la constitucionalidad de las leyes y de otras acciones gubernamentales, donde el planteo de la constitucionalidad es apropiadamente planteado en un procedimiento judicial.” Esta es la definición que suministraba Charles L. Black, Jr. en su trabajo clásico sobre el tema titulado “*The People and the Court. Judicial Review in a Democracy*” publicado en 1960.²⁵ El texto *Constitutional Law* de John Nowak, John E. y Ronald D. Rotunda —publicado en 1991— afirma que “hoy entendemos por ‘*revisión judicial*’, como incluyendo no sólo la capacidad de la Corte Suprema para interpretar la Constitución, sino también su poder para declarar la nulidad de los actos de otros poderes del gobierno sobre esta base”.²⁶ La contraposición entre ambas definiciones —que distan entre sólo treinta años— sirve para poner en evidencia la jerarquización de las funciones de la corte y la importancia de la función nulificatoria por sobre el simple examen de constitucionalidad contenido en la concepción más antigua. Se trata, pues, de un buen punto de partida para investigar el contenido de esta expresión jurídica y determinar el modo en que ella ha sido concebida —y hasta cierto punto, deconstruida— en la moderna teoría constitucional norteamericana.

El procedimiento de *revisión judicial*, debe señalarse desde el comienzo, no es idéntico al concepto de supremacía judicial (*judicial supremacy*). La *revisión judicial* es un término más estricto que supone esencialmente la supremacía judicial en un caso, mientras que el concepto de supremacía judicial significa que la interpretación de la Corte Suprema ata a las partes más allá del caso especial, incluyendo a otros poderes del gobierno.²⁷ Desde cierta perspectiva, puede señalarse que la supremacía judicial importa la consagración del sistema del *common law* en la interpretación constitucional. Ya Story destacaba que la decisión de la corte es vinculante para las partes y los principios de la decisión sostenidos como precedente y autoridad son vinculantes para los casos futuros según el sistema de jurisprudencia existente desde el período colonial. Se basa en estos principios permanentes y no en el capricho o voluntad de jueces particulares.²⁸

La cuestión del fundamento histórico de la supremacía judicial es punto sumamente discutido en el ámbito de la teoría constitucional norteamericana.

²⁵ Black, Charles L. (Jr.): *The People and the Court: judicial review in a democracy*, New York, The Macmillan, 1960.

²⁶ 4a ed., St. Paul. West Publishing pág. 11.

²⁷ Friedman, Barry: The history of the countermajoritarian difficulty. Part one: The road to judicial supremacy, 73 *New York University Law Review*, 352 (1998).

²⁸ Joseph Story, *Commentaries of the Constitution of the United States*, Boston, Little, Brown and Company, 1858. pág. 255 y sigtes. De todos modos destaca Black que las cortes norteamericanas no se adhirieron al régimen del precedente en tan alto grado como lo hacen las cortes inglesas. (*The People and the Court...*, pág. 30).

VI. La teoría constitucional.

La *revisión judicial* es, esencialmente, un procedimiento de interpretación de la constitución realizada por los jueces y de la compatibilidad con ella de otras normas generales y particulares del ordenamiento jurídico. Ese procedimiento puede ser sometido a una teoría meramente descriptiva en la cual se señale el modo en que las cortes en general y la corte suprema en particular llevan a cabo su tarea. Desde esa posición, la doctrina constitucional considerará, por ejemplo, la forma en que la corte suprema se ha enfrentado a su rol de árbitro en la relación entre los estados y el estado federal o el modo en que ha insertado el discurso de la protección de las minorías frente a las pretensiones de las mayorías. Esta teoría descriptiva también tendrá en cuenta los métodos de interpretación del texto constitucional o las doctrinas elaboradas por los tribunales para considerar que un texto legislativo resulta inválido por contrariar al texto constitucional.

Por otro lado, la *revisión judicial* se puede estudiar desde la perspectiva de una teoría normativa que supone indicar un patrón al cual deben someterse las decisiones judiciales o, retrospectivamente, los errores incurridos por los tribunales en cuanto se habrían apartado de los cánones fijados por los propios doctrinarios.³⁴

Hasta ahora mencioné, de modo indistinto, teoría constitucional y derecho o doctrina constitucional, pero ha llegado la hora de distinguir ambos conceptos en el marco de la teoría jurídica norteamericana. La teoría constitucional se ha convertido en las últimas décadas en una rama -todavía unida- al cuerpo mismo del derecho constitucional, pero que tiene ciertas características que es necesario poner de resalto. En efecto, la teoría constitucional en estos momentos puede ser definida desde dos perspectivas distintas. Una de ellas es la ya mencionada por Posner en el sentido de que se trata de un *corpus* teórico que busca -podría decirse que con un sesgo ideológico- justificar o rechazar las decisiones judiciales (fundamentalmente de la Corte Suprema) que se encuentren a favor o en contra de las teorías jurídicas de cada autor. Otra posibilidad es considerar que la teoría constitucional es también un sesgo doctrinario, pero cuyo objetivo no es meramente el estudio de lo que los tribunales o los abogados hacen en torno a la constitución, sino en relación a la explicación del particular sistema de gobierno de los jueces que estaría incrustado en el sistema político norteamericano.³⁵

³⁴Esta descripción la suministra Richard A. Posner en su artículo *Against Constitutional Theory* 73 *New York University Law Review* 1 (1998) y tiene algunas apreciaciones apresuradas. Por ejemplo, señalar que un autor como Tribe es solo un doctrinario legal (*legal doctrinalist*) se ve fácilmente refutado con la lectura del capítulo del mismo autor en su obra *American Constitutional Law* en el cual indica los modelos -por él elaborados- sobre los que se ha edificado la *revisión judicial* en los dos siglos de vida independientes norteamericana.

³⁵Ver en este sentido Michelman, *Brennan's Democracy...* pág. 3. La restricción del campo de análisis puede ser mayor todavía. Así Michael J. Perry señala que "la legitimidad del *revisión* no interpretativa es el problema central de la teoría constitucional contemporánea" (*Noninterpretive review in human rights cases: a functional justification* en 56 *New York University Law Review* 278 (1981).

Esta división es simplista, pero también resulta útil para distinguir las afirmaciones doctrinarias que se sostienen en la teoría de los autores de aquellas que realmente se basan en la estructura de los precedentes jurisdiccionales. En otros términos, el concepto de "teoría constitucional" supone, en la concepción americana, un contenido que se aleja de la mera exposición de los fallos o de las doctrinas de los otros autores. Importa, más bien, cómo deben dictar los fallos los jueces (Posner) o cómo es posible justificar el proceso de *revisión judicial* en una democracia (Michelmann). Ambas posiciones no son excluyentes y, en la mayoría de las veces se unen (por ejemplo en la posición de Dworkin que propone, a la vez, una lectura moral de la constitución y una justificación del proceso judicial como democrático aunque antimayoritario), aunque también se disocian (la explicación histórica de Lipkin respecto a las revoluciones constitucionales y al modo en que los jueces deben adaptarse al cambiante mundo político para dictar sus fallos).³⁶ La teoría constitucional no es, pues, un término neutro –similar al intento de la dogmática jurídica en la exposición de un código penal– sino que refleja la traslación a la lectura del derecho constitucional de teorías políticas y de métodos de interpretación que no se sostienen sólo en una derivación sencilla de la normativa que surge de la constitución escrita.

Existe, además, un problema adicional. Resulta claro que la teoría constitucional –elaborada en estos términos– se ha edificado sobre ciertas narraciones clásicas. Un ejemplo de este orden es la creencia acerca del incorrecto activismo de la corte en el período *Lochner* frente a las decisiones legislativas en favor de los intereses populares, la adecuada rectificación de este curso de la corte del *New Deal* o las supuestas aberraciones de la Corte Rehnquist en el tratamiento de los casos *Bush v. Gore*. Advierto dos dificultades en este aspecto porque la narrativa tradicional ha sido continuamente cuestionada (debería verse si la propia Rehnquist no es un cuestionamiento en sí de las Cortes del *New Deal* y Warren) de modo que se debilita la presunta importancia moral de este progreso o retroceso. La teoría constitucional –como procedimiento teórico sesgado– provoca, además, nuevas irregularidades en la conformación de la historia de la corte. La segunda dificultad es una consecuencia de la primera, esto es, la teoría constitucional tiende a formar cánones de derecho constitucional³⁷ que excluyen decisiones y procedimientos que no se adecuan a la narrativa tradicional cuya línea directriz se encuentra en los manuales de derecho legal y constitucional.

Formuladas estas aclaraciones de orden léxico, sólo queda por señalar que el trabajo se desarrollará sobre los dos aspectos de la teoría constitucional a fin de poner de resalto el modo en que la doctrina americana contemporánea ha enfrentado el concepto de

³⁶Robert J. Lipkin, *Constitutional revolutions. Pragmatism and the Role of Judicial Review in American Constitutionalism*, Durham, Duke University Press, 2000, pág. 27. Una disociación se puede hallar en el artículo de Michael J. Klarman, Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem 85 *The Georgetown Law Journal* 491 (1997). donde muestra las dificultades del proceso de *revisión judicial* frente al atrincheramiento de los legisladores, sin dar suficientes pistas del modo en que deben actuar los magistrados).

³⁷J. M. Balkin, J.M. y S. Levinson, S., The canons of constitutional law, 111 *Harvard Law Review* 963 (1998).

Entre sus fuentes²⁹ se encuentra el derecho natural, la constitución como una ley fundamental y la teoría de la supremacía de las cortes del *common law* en el caso *Bonham* por el juez Coke. Argumentos similares de protección de una ley fundamental superior se hallan en la defensa de James Otis en la cuestión de los *Writs of Assistance* de febrero de 1761 y en el argumento de Varnum en el caso *Trevett v. Weeden* de Rhode Island de 1786.³⁰ Existían precedentes en el *Privy Council*³¹ respecto de las decisiones de la monarquía que fueran en contra de las cartas fundamentales. Las cuestiones vinculadas a la pretensión de conferir algún tipo de supremacía judicial surgieron en diversos casos incluso antes de la sanción de la Constitución Federal de 1787,³² lo que se desarrolló sin solución de continuidad hasta llegar al caso del tribunal supremo federal en *Marbury v. Madison* de 1803. Sin embargo, la cuestión del modo en que debían intervenir los jueces en su labor de interpretación legal todavía quedaba, en los primeros tiempos de vida independiente, atado a la concepción de la labor de los jueces británicos, esto es, el texto de las leyes era importante pero no decisivo en la interpretación porque se movían en un amplio contexto en el que esas disposiciones se leían contra el fondo de los derechos naturales, de la tradición del *common law*, de la intención de los legisladores e incluso del derecho de las naciones.³³

En resumidas cuentas, no ha quedado suficientemente esclarecido en la investigación histórica el punto referente al real peso específico que los *Framers* concedían al procedimiento de la *revisión judicial*. Sin embargo, es posible concluir, al mismo tiempo, que resulta claro que eran conscientes de que estaban arbitrando un procedimiento novedoso para impedir las presiones de las legislaturas y para evitar que los estados profundizaran las tendencias centrífugas entonces existentes. También es cierto que la secuencia histórica bien pudo haber sido otra de no haber existido jueces como Iredell y Marshall que, desde diversas perspectivas, consideraban que el

²⁹Charles Grove Haines, *The american doctrine of judicial supremacy*, New York, Macmillan, 1914.

³⁰Ob. cit. pág. 56.

³¹Sobre los alcances del *Privy Council* en el ámbito colonial británico ver Leonard W. Larabee, *Royal Government in America. A Study of the British Colonial System before 1763*, New York, F. Ungar, 1958.

³²Haines enumera los casos de Josiah Phillips en Virginia en 1778, Holmes v. Watson en New Jersey en 1780, Commonwealth v. Caston de Virginia en 1782, Rutgers v. Waddington de Nueva York de 1784, Symbsbury Case de Connecticut de 1784, Trevet v. Weeden de Rhode Island de 1786 y Bayard v. Singleton de 1787 de Carolina del Norte, pág. 74. Para una visión crítica respecto a las posiciones de Haines en este sentido ver William Winslow Crosskey, *Politics and the Constitution in the History of the United States*, Chicago, The University of Chicago Press, 1953.

³³Willian N. Eskridge, Jr. All about words: Early understanding of the "judicial power" in statutory interpretation, 1776-1806 101 *Columbia Law Review* 990, 993 (2001). Para una visión más revolucionaria de la actuación de los primeros jueces norteamericanos, ver John F. Manning, Textualism and the Equity of Statute 101 *Columbia Law Review* 1 (2001).

procedimiento de *revisión judicial* podía utilizarse para nulificar incluso decisiones del poder federal incompatibles con la constitución.

revisión judicial con la democracia como sistema de gobierno³⁸. No trataré, por lo general, las posibles distinciones entre un autor como Fallon -que describe la actividad de la Corte en la interpretación constitucional- y otro como Dworkin -que discute el alejamiento de su concepción de democracia frente a algunas decisiones del tribunal supremo- respecto a los fundamentos filosóficos de esas posiciones. Se tendrá en cuenta, pues, la relación entre justicia constitucional y democracia en esos autores, sin perjuicio de considerar los posibles matices normativos y descriptivos de los distintos doctrinarios.

Parece oportuno señalar, además, que la distinción entre una teoría constitucional normativa y una teoría constitucional descriptiva supone una metateoría que permita discriminar ambas posiciones. Empero, la lectura de los diversos autores pone en evidencia que los conceptos de *revisión judicial* o de democracia contienen tintes tanto descriptivos como normativos entremezclados sin que resulte posible discriminar ambos aspectos con tintes suficientemente nítidos, pese a lo cual la tendencia normativa tiende a prevalecer sobre la lectura del derecho constitucional y, en particular, sobre el análisis de los fallos de la Corte Suprema.³⁹

Asimismo, tendré en cuenta -de un modo sustancial- las concepciones formuladas respecto a la relación entre *revisión judicial* y democracia por la doctrina norteamericana. No me detendré en los fallos en particular sino sobre la estructuración paradigmática que han formulado los diversos autores sobre la jurisprudencia de la corte norteamericana. Con esta perspectiva daré por conocidos los fundamentos de casos modélicos (*Marbury v. Madison*, *Dred Scott*⁴⁰, *Lochner*⁴¹, *Brown*⁴², *Griswold*⁴³, *Roe v. Wade*,⁴⁴ entre otros) y sólo me referiré a ellos en cuanto han sido considerados por los constitucionalistas como esenciales para comprender el modo en que se enfrenta la actividad de la tarea judicial con la voluntad mayoritaria enmarcada en los órganos políticos del gobierno americano.

³⁸Desde luego que esto supone una simplificación de la doctrina legal misma, porque incluso aspectos que hasta hace poco eran considerados canónicos -como el repudio del caso *Lochner*- son objeto de revisión desde diversas ópticas (Para argumentos en contra y a favor de la narrativa clásica al respecto ver Barry Friedman, *The history of the countermajoritarian difficulty. Part three. The lesson of Lochner*, 76 *New York University Law Review* 1383 (2001)

³⁹La teoría constitucional tiende, por lo general, a presentar los problemas en términos normativos con lo que las teorías esbozadas no pierden "su sentido en virtud de ningún hecho de otra naturaleza; por ningún deseo, emoción o sentimiento, por ningún hábito, práctica o convención, por ningún trasfondo cultural o social contingente" (Thomas Nagel, *La última palabra*, Barcelona, Ed. Gedisa, 2000, pág. 119)

⁴⁰*Dred Scott v. Sandford* 60 US. Howard 393 (1857)

⁴¹*Lochner v. People of State of New York* 198 U.S. 45 (1905).

⁴²*Brown v. Board of Education* 347 U.S. 483 (1954).

⁴³*Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479 (1965).

⁴⁴*Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1972)

También pasaré por alto los cuestionamientos efectuados por aquellos políticos que han cuestionado las facultades de los tribunales para examinar la constitución y en particular para incidir en aspectos que pueden considerarse privativos de los poderes legislativo y ejecutivo. En este sentido, no consideraré las manifestaciones formuladas al respecto por los presidentes Jefferson⁴⁵, Jackson⁴⁶, Lincoln⁴⁷, Roosevelt o el Procurador General Edgar Meese III.⁴⁸ La concepción americanade control judicial de las leyes es un fenómeno excepcional de los sistemas políticos comparados y esa anomalía frente a los poderes más cercanos a los deseos populares fue advertida desde las primeras aplicaciones de la constitución norteamericana, razón por la cual ha sido cuestionada en múltiples oportunidades para asegurar la fortaleza de las otras dos ramas del gobierno.

La atención a las concepciones doctrinarias más recientes sobre la *revisión judicial* en relación con la democracia también importa no considerar en profundidad algunos de los pronunciamientos judiciales de los comienzos de la vida constitucional norteamericana en los cuales se discutió la validez de aquellos fallos judiciales que permitirían descartar la decisión popular formalizada mediante el procedimiento legislativo.⁴⁹

Por consiguiente, el estudio de las doctrinas constitucionales americanas que se formulará en los siguientes párrafos se enfocará hacia las distintas construcciones teóricas intentadas por los diversos autores para justificar el sustento democrático de las decisiones de la corte suprema.

⁴⁵ En este sentido se revela la carta de Jefferson a George Hay del 2 de junio de 1807 en la que imputaba a Marshall la deliberada suposición del derecho de la magistratura como una subversión de la independencia de los poderes legislativo y ejecutivo en sus peculiares departamentos (Friedman, Ob. cit., pág. 378, nota. 179). Para una visión actual del pensamiento de Jefferson ver Peter Onuf, *Jefferson's Empire. The language of American Nationhood*, Charlottesville, University Press of Virginia, 2000.

⁴⁶ Especialmente en el mensaje de veto del 10 de julio de 1832.

⁴⁷ En su discurso inaugural de 1861 en repudio al fallo *Dred Scott*.

⁴⁸ En cuanto como *Attorney General* señalaba que las decisiones de la Corte Suprema no eran vinculados para todos los poderes del gobierno (Sobre el discurso y su intento de rectificación ver el artículo de Meese The Law of the Constitution, 61 *Tulane Law Review*, 979, 1986 (1987) y también los comentarios de otros constitucionalistas en el mismo volumen).

⁴⁹ Me refiero en particular al fallo del juez Gibson en el caso Eakin v. Raub de la Corte Suprema de Pennsylvania de 1825, ver Gerald Gunther, *Constitutional Law*, 12a. Ed, New York, The Foundation Press, 1991, pág. 16.

VII. Las teorías tradicionales.

VII.a. La posición de Story.

La concepción de Story respecto al procedimiento de *revisión judicial* tenía en cuenta la importancia del rol de la Corte Suprema de los Estados Unidos en un momento en que era severamente cuestionada la jurisdicción nacional por los estados del Sur. De todos modos, este autor consideraba que existían decisiones de los departamentos ejecutivo y legislativo que se encontraban dentro del ámbito político, legislativo y ejecutivo que debían ser consideradas como definitivas y no susceptibles de ser revisadas por el poder judicial, mientras que para todas las otras decisiones la corte suprema es el árbitro final y común previsto por la constitución misma.⁵⁰

El fundamento del poder de interpretar la constitución corresponde al poder judicial porque es una función apropiada de la magistratura el interpretar el derecho. La decisión de la corte es obligatoria para las partes y los principios de la decisión sostenidos como precedente y autoridad resultan vinculantes para los casos futuros según el sistema de jurisprudencia existente desde el período colonial, porque se basa en estos principios permanentes y no en el capricho o voluntad de los jueces particulares.⁵¹

La autoridad judicial se sostiene, entonces, en que la interpretación de la constitución requiere de esa filiación de los principios del *common law* porque una actitud contraria de autorrestricción judicial hubiera llevado al poder arbitrario, al ejercicio de la mera discreción y al abandono de todos los controles (*checks*) sobre la autoridad judicial.

¿Cómo se relaciona este sistema de *revisión judicial* con los principios democráticos? La idea de Story es que el pueblo, mediante el ejercicio del derecho electoral, puede remover a los jueces por juicio político y como última instancia es posible recurrir al procedimiento de enmienda constitucional.⁵² Por otro lado, la ubicación de la corte como intérprete final de la constitución no sólo se encuentra sustentada en el texto mismo de aquélla sino en la consideración en el sentido de la existencia de una práctica que no ha sido rechazada por el Congreso.

La fuente democrática de ese poder de revisión es esencial en la concepción de Story en su atención a los mismos precedentes de la Corte. Así las reglas de interpretación legal autorizan el ejercicio de ese poder en cuanto el tribunal había admitido en *Martin v. Hunter* que la constitución fue establecida por el pueblo de los Estados Unidos y no surgía de la decisión de los estados preexistentes.⁵³

⁵⁰ Joseph Story, *Commentaries of the Constitution of the United States*, Boston, Little, Brown and Company, 1858, III pág. 235.

⁵¹ Obsérvese aquí la importancia dada por Story a la tradición del *common law* en la tarea de la interpretación constitucional.

⁵² Ob cit. pág. 259.

⁵³ Ob. cit. pág. 296 (en contra de la idea de Calhoun).

VII.B. La teoría constitucional de Cooley.

La idea de constitución en Cooley estaba indisolublemente vinculada con el principio de la soberanía popular. Es verdad que la definición de gobierno constitucional sólo consideraba que debía tenerse en cuenta a aquel ordenamiento que estableciera reglas fundamentales para el ejercicio del gobierno y donde se hallaban las necesarias restricciones eficientes contra el poder para la protección de los derechos y prerrogativas individuales. Sin embargo, Cooley destacaba -acto seguido- que en América la principal guía de la libertad constitucional había sido, desde el comienzo, que la soberanía se fundaba en el pueblo. Todo acto o regulación de cualquier departamento o funcionario en exceso de este poder delegado por la constitución debía considerar totalmente nulo.⁵⁴

Dados estos términos, una ley es inconstitucional en tanto se encuentre en contradicción con los principios o reglas de la constitución del estado. El Parlamento británico podía, según la teoría constitucional de ese país, dictar leyes que vayan en conflicto con la constitución y ser, sin embargo, válidas porque aquel cuerpo tiene el poder soberano para enmendarlas o modificarlas. Frente a ello, en el modelo americano la legislatura actúa como una autoridad delegada limitada por la constitución y el poder judicial está facultado para declarar qué es la ley (*what the law is*), de modo que una ley inconstitucional debe caer cuando se sujeta a la consideración de los magistrados que adviertan esta situación. Se trata de una *no ley* (*no law*) o, en otros términos, de un intento fútil de establecer una ley. La solución se encuentra en el proceso ordinario de las cortes.⁵⁵

Sobre el alcance de la *revisión judicial*, poco más aporta Cooley en este texto de teoría constitucional.

Las citas de *Marbury v. Madison* resultan ilustrativas respecto del limitado ámbito conferido a la *revisión judicial* en la arquitectura del sistema político americano. En efecto, su uso en el texto se encontraba vinculado a las responsabilidades del poder ejecutivo en relación a los funcionarios por él nombrados,⁵⁶ la imposibilidad del poder judicial de controlar ese ejercicio mediante el procedimiento del *mandamus*⁵⁷ y que, bajo la esfera de su autoridad ejercida bajo la constitución, el poder ejecutivo es independiente y el proceso judicial no puede alcanzar sus resoluciones mantenidas dentro de ese ámbito.⁵⁸

⁵⁴Thomas M. Cooley: *The general principles of constitutional law*, Boston, Little, Brown and Company, 1898, pág. 22 y sigtes.

⁵⁵Ob. cit. pág. 24. En otro contexto, Cooley se alaba que una promulgación legislativa inválida debía ser considerada como si nunca hubiera existido con lo que no podía dar sustento a contrato o derecho alguno (Ob. cit. pág. 173).

⁵⁶Ob. cit. pág. 11 y 19.

⁵⁷Ob. cit. págs. 121, 128 y 129.

⁵⁸Ob. cit. pág. 176.

La mención de las cuestiones políticas como excluidas de la consideración de las cortes se basa en que éstas deben aceptar la determinación de los departamentos políticos del gobierno como decisivos en casos tales como la declaración de guerra o la restauración de la paz, la admisión de un estado a la Unión o el derecho de ciertos indígenas a ser reconocidos como tribu.⁵⁹

Los límites estrictos a la *revisión judicial* habían sido mencionados por Cooley cuando se alaban los principios sobre los que debe regirse el sistema de *checks and balances* en el gobierno. En este sentido, dicho autor proponía una serie de pautas hermenéuticas y de tradición jurisprudencial que justificaban la restricción de los magistrados para declarar la inconstitucionalidad de las leyes emanadas del Congreso. Entre ellas se encontraban las que impedía declarar la invalidez de una ley salvo que fuera absolutamente necesaria, de tal modo que los principios que presumían en favor de la validez de las leyes y que la ley debía considerarse como válida mientras no se invocara su nulidad.

Los jueces no podían declarar como inconstitucional a una ley por ser injusta u opresiva mientras no se mostrara que esa injusticia fuera contraria a los derechos y privilegios protegidos por la constitución. Se presuponía aquí que existía una apelación a la justicia y patriotismo de los representantes del pueblo. Si estos fallaban en esa conducta, el pueblo en su capacidad soberana podía corregir el perjuicio, pero las cortes no podían asumir esos derechos⁶⁰. Similar protección se daba respecto de aquellas leyes que violaran principios fundamentales de la libertad republicana en cuya consideración los jueces no podían intervenir salvo que esas leyes se encontraran en colisión con la constitución misma. Cooley consideraba, asimismo, que el derecho de las cortes en declarar la invalidez de las leyes en relación con la constitución debía considerarse como universalmente aceptado porque son los tribunales los que deben decidir cuestiones legales no abstractas y sus decisiones debían considerarse como vinculantes para las partes pero no necesariamente para las personas que no participaron en el pleito.⁶¹

VII.C. Thayer y la limitación de la *revisión judicial*.

El texto doctrinario más relevante del siglo XIX respecto a la facultad de la *revisión judicial* fue publicado por James B. Thayer en 1893 en la *Harvard Law Review* bajo el título de "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law".⁶² El postulado esencial de este artículo era que el juez no es libre en el ejercicio de la *revisión judicial* de las leyes inconstitucionales ya que, según sostenía ese autor, la atribución de los magistrados sólo alcanzaba a aquellas leyes que eran contrarias a la constitución de un modo manifiesto y más allá de toda duda razonable.

⁵⁹Ob. cit. pág. 157.

⁶⁰Ob. cit. pág. 167.

⁶¹Thomas M. Cooley, *A treatise on the constitutional limitations*, 7ª ed., Brown Little & Company, 1907, vol I, pág. 105 y sigtes.

⁶²7 *Harvard Law Review*, 129 (1893).

Thayer afirmaba que la violación debía ser patente y clara (*plain and clear*) y en ningún caso dudoso el juez estaba habilitado para declarar la invalidez de la norma por contraria a la constitución. Esta formulación se basaba en los criterios usados en los test probatorios de los procesos penal y civil ya que –según sostenía– debería existir una preponderancia de razones en contra de la constitucionalidad de la ley para declarar su eventual invalidación por el magistrado en el caso concreto. El artículo importaba, además, una crítica a la postura de Marshall ya que no bastaba afirmar la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una ley sino que también se requería que se explicara el grado de claridad de la inconstitucionalidad de la norma examinada. Un aspecto importante del artículo es que el legislador realiza una suerte de test de constitucionalidad liminar en la sanción de las normas de modo que la tarea del juez consiste en verificar si ese test ha sido correctamente efectuado. Sin embargo, ese test debe ser más severo que el del legislador en el control de las normas con lo que se llega a un criterio de extrema deferencia en favor del este último respecto del magistrado.

VII.D. La perspectiva del *New Deal*

Jackson. *The struggle for judicial supremacy*.

Jackson suponía que el tema de la *revisión judicial* apenas había sido considerado al momento de la ratificación de la Constitución. Esa omisión fue superada por el “curso de la historia” que ha asentado la auténtica residencia de ese poder en la Corte Suprema.⁶³ El fundamento se encuentra en la necesidad de buscar un árbitro tanto entre los diversos poderes del gobierno como en las relaciones entre el estado federal y los estados federados en el marco de un sistema de gobierno en el que existen declaraciones de derechos.

Este tipo de facultades podría haber sido delegado al Congreso pero Jackson señala que fue conferido al poder judicial por la mayor coherencia y neutralidad de decisión que podría encontrarse –según los antepasados– en estos magistrados para mantener el equilibrio en la unión federal que en los congresistas sometidos al debate del proceso político.⁶⁴

El poder de *revisión judicial* como basado en la autorrestricción del tribunal se hallaba en los textos de Thayer y Cooley que sostenían que la validez de una ley no debía ser cuestionada salvo que fuera obviamente repugnante a la Constitución. La idea de Jackson es que la historia de la *revisión judicial* es la descripción de la adhesión aparente a este principio y, al mismo tiempo, el paulatino apartamiento de este principio en la práctica cuya muestra más ominosa fue el caso *Dred Scott*.⁶⁵

La tesis de este autor es que la ampliación del sistema de *revisión judicial* llevó a la Corte al centro del gobierno real –mediante el denominado gobierno por demanda

⁶³Robert H. Jackson: *The struggle for judicial supremacy* 2a. ed., New York, Alfred A. Knopf, 1949, pág. 4.

⁶⁴Ob. cit. pág. 9.

⁶⁵Ob. cit. pág. 35.

(*lawsuit*)- con el consiguiente recorte del poder concedido por la constitución al Congreso. Desde esta posición, el ejercicio de la *revisión judicial* -aunada a la vigencia plena del sistema de precedente (*stare decisis*)- producía un efecto paralizante que convocaba a dudar acerca de la capacidad de la democracia representativa para hacer frente a los problemas del mundo cambiante.⁶⁶

Jackson admitía el carácter antidemocrático de la Corte Suprema, a pesar de que poseía características distintivas y favorables como la independencia y la separación de sus miembros respecto del proceso político. Los rasgos antidemocráticos se veían reforzados por su sustento legal edificado en posturas filosóficas, el carácter conservador de la profesión legal, la tradición de aislamiento de la corte misma como una institución relativamente conservadora con jueces vitalicios. El sistema bipartidista, por otra parte, habría favorecido este distanciamiento porque separa al poder judicial de los poderes electivos aunados al hecho de que generalmente existe una generación de distancia entre jueces y los órganos elegidos en el proceso popular.⁶⁷

Empero subsiste en la visión de Jackson una profunda desconfianza acerca del rol que cumplió la Corte en la historia norteamericana hasta el punto de afirmar que el tribunal se equivocó en la mayoría de los temas relevantes en los que eligió enfrentarse a los poderes legislativo y ejecutivo. Ese curso de acción llevó a que en el primer tercio del siglo XX el procedimiento de *revisión judicial* sirvió, en realidad, para impedir que la nación adoptara las políticas económicas y sociales que se consideraban incompatibles con la filosofía de los jueces respecto de la propiedad privada.

De todos modos, Jackson hace hincapié en el hecho de que la discusión a través de demandas en el sistema político norteamericano habría permitido evitar las confrontaciones bélicas que son propias de los países europeos. De esta forma, los métodos de defensa de un orden no popular han sido superados -en la época del *New Deal*- mediante cambios de dirección de la opinión pública contra las decisiones conservadoras del Tribunal. La Corte se ha persuadido a sí misma de la necesidad de abandonar una fuerte intervención de la *revisión judicial* para admitir que el gobierno se encontraba bien situado para superar las presiones de los intereses privados sobre el bienestar público.⁶⁸

⁶⁶Ob. cit. pág. 296.

⁶⁷Ob. cit. pág. 287 y sigtes.

⁶⁸Ob. Cit. pág. XV.

VIII. La crisis de la doctrina tradicional.

VIII.A. El cuestionamiento de los presupuestos tradicionales en Hand

Podría decirse que el modelo clásico de la *revisión judicial* se había edificado sobre una especie de presuposición que implicaba que Marshall en *Marbury*, más allá de sus defectos de orden formal o sus problemas de política circunstancial, había consolidado claramente el contenido de la función judicial en el control de constitucionalidad de las normas inferiores. Esta creencia se asentaba, a su vez, en otro fundamento que parecía obvio cual era que el art. VI (la denominada "cláusula de supremacía") concedía a la corte suprema en términos inequívocos esas facultades, de modo que sólo podían debatirse las cuestiones referentes al modo -restringido o amplio- en que el tribunal podía desempeñar esa labor.

El mérito de Learned Hand en su obra *The Bill of Rights*⁶⁹ fue romper con esa estructura supuestamente armónica. En efecto, Hand partía de dos hechos obvios cuales eran que todos los poderes políticos del sistema americano derivaban del pueblo y que la constitución distribuía esos poderes entre los distintos departamentos para el cumplimiento de sus funciones. Sin embargo, la constitución no establecía procedimiento alguno para proceder en caso de que uno de los departamentos debiera considerar la validez de un acto anterior de otro departamento.

Ante esta dificultad se abrían tres opciones: el poder respectivo podría aceptar la decisión del primero, resolver como le pareciera conveniente o -como ocurrió en definitiva- considerar que la función de decidir al respecto correspondía a la corte suprema. Ahora bien, este último supuesto no se encuentra expresamente establecido en la constitución que no dispone que las cortes puedan examinar la validez de las decisiones de los otros poderes; omisión que -supone Hand- se basaba en la necesidad de que todos los poderes fueran independientes entre sí como condición de todo gobierno libre. Tampoco es posible aceptar esa actividad de las cortes en la cláusula de la supremacía que únicamente manda a las cortes estatales seguir lo prescripto por las leyes federales y la constitución cuando las leyes o constituciones estatales estuvieran en conflicto en el caso. Sólo se trataba en este marco de evitar que los estados volvieran a intervenir en el ámbito de los poderes que habían delegado.

Este dilema es resuelto por Hand por la vía del mal menor. Las dos primeras posibilidades -la sumisión o la soberanía de un poder- no podían ser aceptables porque conducían a resultados caprichosos o inadmisibles en un verdadero sistema de gobierno. Desde esta perspectiva, la *revisión judicial* se establece como una interpolación en la interpretación de un documento (la constitución) que carece de una previsión (el control judicial) sin la cual se derrotaría el sistema jurídico que esa norma ha impuesto. Ese procedimiento interpretativo se aplica sobre todo a las constituciones que difícilmente pueden contemplar los diversos aspectos de la realidad social y son construidas en un lenguaje general.

La consecuencia de ese procedimiento es sorprendente: la *revisión judicial* no es una deducción lógica de la estructura de la constitución sino una condición práctica

⁶⁹1958.

adecuarse a este tipo de acción basada en principios. Este armazón teórico supone que las cortes están habilitados para revisar las acciones de los otros poderes incluso mediante opciones de valor; pero en estos casos la corte debe intervenir no meramente como un poder político puro sino que deben ser tribunales de derecho basados en principios. La decisión basada en principios (*principled decision*) es aquella que descansa en razones respecto de las materias debatidas en el caso, razones que en su generalidad y en su neutralidad trasciendan cualquier resultado inmediato involucrado en el proceso.⁷²

El segmento final del artículo se inserta en el examen de algunos casos recientes de la corte norteamericana para concluir en el cuestionamiento a los fundamentos dados en *Brown*. El problema con esta decisión se encontraría, según Weschler, en que ese fallo tiene un razonamiento deficiente porque no impuso, como supuestamente habría correspondido, una regla de interpretación a la Decimocuarta Enmienda. Lo que hizo erróneamente la Corte fue solo establecer que la regla de Plessy⁷³ (separados pero iguales) no debía aplicarse en cuestiones educacionales públicas porque las escuelas segregadas eran inherentemente desiguales según surgía del estudio empírico del tribunal. La conclusión de la corte debió haber sido, en cambio, que la segregación racial, es en principio, una denegación de la igualdad respecto de la minoría contra la que se dirige que, por hipótesis, no es dominante en la cuestión.

Sin embargo, el análisis de Weschler no concluye aquí porque este principio de protección de la igualdad no es suficiente porque la existencia de similares facilidades para blancos y negros no importaría un caso de discriminación. Por consiguiente, el principio, en ese caso, debió haberse sostenido en la denegación por el Estado del derecho de asociación, que perjudica a cualquiera de los grupos raciales involucrados en el tema. La base neutral del principio debió haberse fundamentado, en ese supuesto, en que el estado había elegido -en su conducta- denegar el derecho de asociación respecto de personas que quieren convivir juntas. En este caso, la única solución habría sido considerar que la Constitución imponía derogar aquellas normas legales que impidieran su ejercicio por parte de los ciudadanos norteamericanos.

La conclusión esencial de Weschler fue, pues, que una decisión basada en principios (*principled decision*) es aquella que se asienta sobre razones con respecto a todos los aspectos de un caso, razones que en su generalidad y neutralidad trascienden cualquier resultado inmediato que esté involucrado en dicha causa.⁷⁴ El problema esencial de esta posición será, como se advierte en los párrafos siguientes, el hecho de que ninguna corte constitucional puede escapar -en la búsqueda de esos principios- de la necesaria consideración de las bases políticas sobre las que se encuentra asentada la sociedad democrática. El principio neutral no puede buscarse en un vacío lógico y requiere entonces de la consideración necesaria e inevitable del rol político de la corte en el sistema político norteamericano.

transparentes a la mente (ver en este sentido J.M. Balkin, *The rhetoric of responsibility*, 76 *Virginia Law Review* 197, 201 (1990).

⁷²Ob. cit. pág. 19. La idea es que la constitución lleva en sí un conjunto de reglas fundamentales de derecho y no una armazón particular de opiniones éticas y económicas (conf. Holmes).

⁷³ 163 US 537 (1896).

⁷⁴ Weschler, *Toward Neutral Principles...* pág. 27.

VIII C. Black. *The People and the Court.*

La concepción de Black -en respuesta a los cuestionamientos de Hand- consistió en señalar que la constitución es cierta forma de ley (*law*) y que es vinculante para los jueces en las cortes por la cláusula de supremacía del art. VI. Para determinar cuál es la ley, los jueces deberán interpretar, pues, a la constitución misma.⁷⁵

¿Cuál es el fundamento para que sean los jueces y no otro cuerpo el encargado de esta tarea en un gobierno democrático? Black tiene en cuenta -en lo fundamental- que la legitimación de todo gobierno no es un acto instantáneo y que en el caso americano dicha práctica se remonta a los comienzos de la vida independiente. La corte debe cumplir, entonces, una función de validación de la actividad de los restantes poderes limitados con el objetivo de examinar si el pueblo ha cumplido con todos los pasos necesarios para mantenerse dentro de esos límites. El objetivo se centra así en guardar un sentimiento satisfactoriamente alto en el sentido de que el gobierno ha obedecido la ley de su propia constitución⁷⁶. La validación se convierte en una actuación en función de la legitimación de la acción gubernamental como ocurrió en la época del *New Deal* cuando la Corte Suprema admitió una nueva concepción del gobierno federal.⁷⁷

Para cumplir esa función en la interpretación de la ley se requiere una institución independiente de los poderes del gobierno sometidos a los vaivenes de la política y que se trate de un árbitro especializado en la tradición legal. A ello se podría oponer que la protección de los derechos individuales podría ser conferida al proceso político mismo, lo que se enfrenta -según Black- con el hecho evidente de que las minorías que requieren protección no pueden, por hipótesis, prevalecer en la discusión política. Ante ambas alternativas, la constitución creó un medio institucional de autocontrol del pueblo de acuerdo con la ley lo que lleva, por extensión, a la autorrestricción de la democracia.⁷⁸

La solución entre *revisión judicial* y democracia la encuentra Black en un planteo de *legitimación histórica*. Ese procedimiento de revisión aparentemente antidemocrático ha subsistido, precisamente, porque el pueblo quiso que sobreviviera por más de un siglo y medio en tanto se consideraba que los poderes debían ser limitados por ciertas prohibiciones fijadas por las cortes cuyas decisiones debían considerarse, a la vez, como constitucionales y correctas.

Frente a la crítica por la falta de participación popular en este proceso, Black reitera que el consentimiento tácito del pueblo a esa actividad judicial es una evidencia de la voluntad general en ese sentido. Si la limitación del pueblo por la ley es la esencia

⁷⁵*The people and the Court..* pág. 6.

⁷⁶Este concepto de legitimación de la actividad judicial se encuentra también en sus fallos como *Justice* de la Corte Suprema; ver *In re Winship* 397 U.S. 358, 377 (1958), *Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479, 507 (1965); *Rochin v. California* 342 U.S. 165, 174 (1952); *Adamson v. California* 332 U.S. 46, 68 (1947).

⁷⁷Ob. cit. pág. 36 y 54.

⁷⁸Ob. cit. pág. 115.

distintiva de la democracia americana, por consiguiente la *revisión judicial* no debilita al gobierno popular sino que cumple el deseo popular mediante un proceso en el cual confieren, además, la cualidad de la legitimación a los actos de gobierno.

La concepción coadyuvante es que los jueces no son mecánicos aplicadores de la ley ya que ejercen cierto criterio político (*policy*) y en esta actividad cumplen también una actividad política. La selección de los jueces que se dedican a la *revisión judicial* deberá contemplar, desde esta perspectiva, la selección de abogados con las mejores cualidades que no se encuentran, según este autor, en los integrantes del congreso que se mueven en el mundo de los intercambios políticos. Los representantes son elegidos con un proceso que no tiende a asegurar los tipos de destreza y sabiduría necesarios para una decisión constitucional.

La supuesta característica antidemocrática de los jueces desaparece si se tiene en cuenta que no viola los principios democráticos el hecho de que se imponga la práctica de la *revisión judicial* sobre la voluntad del pueblo. Lo antidemocrático sería que el pueblo tome la decisión por sí mismo en cada momento, porque la idea de la democracia no puede estar atada a los vaivenes diarios de la opinión pública. La verdadera democracia requiere, en cambio, que las decisiones importantes sean conferidas a personas que se encuentren relativamente aisladas de los cambios en el sentimiento electoral.⁷⁹ No es antidemocrático que las decisiones correspondientes a este tipo de control hayan sido dadas a una corte compuesta de hombres entrenados en la disciplina profesional requerida.

El concepto de *revisión judicial* tiene dos funciones que son imprimir a la acción gubernamental el cuño de la legitimación y controlar los brazos políticos del gobierno cuando quieren invadir terreno vedado para ello por la constitución.⁸⁰ No es un medio de derrotar al pueblo sino un procedimiento necesario para completar la voluntad popular cuyo objetivo es hacer real en el mundo la idea de la limitación del poder del estado (y en una democracia el poder del pueblo) por la ley misma.

VIII. D. Bickel y la aparición de la cuestión contramayoritaria.

La hipótesis primigenia de Bickel⁸¹ es que el poder judicial de revisión de los actos de otros poderes por las cortes americanas no se deriva de ningún mandato constitucional explícito y que el fallo *Marbury v. Madison* no brinda una explicación suficiente para

⁷⁹Ob. cit. pág. 178 y sigtes.

⁸⁰Ob. cit. pág. 223. La idea de Black es que el poder incontrolado sobre cualquier ámbito -aún en el de menor importancia- es poder incontrolado sobre todo (pág.189). Subyace a esa posición la desconfianza sobre el poder absoluto que se encuentra en la expresión de Lord Acton tantas veces mal citada: "If there is any presumption it is the other way against holders of power, increasing as the power decreases. Historic responsibility has to make up for the want of legal responsibility. Power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely", Carta de Lord Acton a Mr. Creighton del 5 de abril de 1887, *Selected Writings of Lord Acton*, J. Rufus Fears Ed., Liberty Fund, 1986, vol., pág. 363

⁸¹ *The least dangerous branch*, Bibbs Merrill Educational Publishing, Indianapolis, 1962

dar sustento a la posibilidad de nulificar las disposiciones del poder legislativo. El único sustento real de Marshall consistió en la existencia de una constitución escrita y en el juramento de sostén de esa misma constitución mientras que la remisión a la cláusula de supremacía del artículo VI sólo podría haber servido para proteger la autoridad federal contra los estados mediante procesos de uniformización del derecho federal. Sin perjuicio de todo ello, lo cierto es -admitía Bickel- que la *revisión judicial* era un instrumento de gobierno del sistema norteamericano.

Ahora bien, la principal dificultad que enfrenta la *revisión judicial* es que se trata de una fuerza contramayoritaria en el sistema mismo. El procedimiento de *revisión judicial* implica que se ejerce un control, no en protección de la mayoría, sino en contra de ella. La idea de la democracia representativa presupone que se elijan a ciertos hombres durante un lapso para que gobiernen mediante un proceso de escrutinio público y crítica (aunque se admita la delegación a funcionarios no responsables ante el electorado). La existencia de estos funcionarios redundaría en favor de la estabilidad (y en contra de la democracia) aunque el punto esencial es que siempre la mayoría representativa tiene el poder de revertir esas decisiones. Surgen también otros grupos conflictivos con el modelo democrático como la presencia de grupos o facciones.⁸²

Por otra parte, la *revisión judicial* no sólo controla a los poderes legislativo y judicial sino que puede, en un sentido amplio, debilitar el proceso democrático porque supone, de algún modo, una desconfianza hacia la legislatura con lo que esta se encuentra siempre en un problema de expectación respecto a lo que pueden decidir las cortes sobre las leyes futuras.

Finalmente, el proceso de *revisión judicial* en un sistema democrático se encuentra en contra del principio de soberanía popular con lo que no es realmente efectivo para el funcionamiento del gobierno en su totalidad. La protección del sistema democrático difícilmente puede encontrarse en una institución no mayoritaria y debe ser buscada en otras instituciones del sistema para superar las dificultades de relevancia política.

¿Cuál es la justificación, pues, de la *revisión judicial* en el sistema democrático? La respuesta se encuentra en que las cortes tienen ciertas habilidades para tratar con cuestiones de principio (*matters of principle*) de las que las legislaturas y el poder ejecutivo carecen.⁸³ Desde esta posición, los jueces poseerían las capacidades para perseguir los fines perdurables de una sociedad y determinar ciertos principios mediante un procedimiento no abstracto como es el que se produce en la sanción de las leyes en las legislaturas. En este sentido, el propósito de Bickel era enfatizar que las cortes relacionan dichos principios con las cuestiones reales de modo que permiten su evolución que es tanto de búsqueda como de prueba.

Las cortes tendrían una capacidad de aislamiento que resulta necesaria para determinar las mejores aspiraciones de los hombres en un proceso que las hace instituciones educativas y que les permite ejercer la verdadera voz de la razón.

Es aquí donde se unen los aparentes antagonismos.⁸⁴ En una sociedad democrática no sólo se busca que prevalezcan las mayorías sino también que el gobierno se base en el

⁸²Ob. cit. pág. 1 a 20.

⁸³Ob. cit. pág. 25.

⁸⁴Ob. cit. pág. 27 y sigtes.

consentimiento de los gobernados para lo cual se requiere que ese sistema se esfuerce por conseguir valores generales perdurables. Esa producción de valores no puede sostenerse en el mero proceso electoral, se requiere, en cambio, un proceso de deliberación. Se trata de un proceso de acomodación en el cual el pueblo tiene la última voz mediante el proceso electoral. La *revisión judicial*, en este contexto, presupone -rara vez- una regla de principio rígida por la Corte, que este tiene vías de persuasión antes que de coerción y que, con el tiempo, la opinión continua en contra del tribunal puede llevar a que sus fallos sean nulificados o sometidos a *desuetudo*.

Bickel afirma que es incorrecto pensar que el sentimiento de legitimidad es conferido por la *revisión judicial*;⁸⁵ por el contrario, es el sistema el que da legitimidad a la *revisión judicial*. Es más, la *revisión judicial* debe encontrar su propia justificación y no buscarla en el punto independiente de la legitimación.

El procedimiento sugerido por Bickel consiste en que la *revisión judicial* es un proceso basado en principios dirigidos a enunciar y aplicar ciertos valores perdurables de la sociedad que deben tener una significación general. Cuando estos valores entran en conflicto, la corte debe proclamar a uno de ellos como sobresaliente o procurar su acomodación mutua, lo que lleva al resultado de un nuevo principio. La justificación de todo este procedimiento es que debe incorporar al gobierno representativo algo que no estaba en él y este principio debe derivar su valor de las necesidades de la sociedad. Sin embargo, cuando este principio no puede aplicarse implacablemente, se sigue que debe derivarse a la elección del poder legislativo.

La *revisión judicial* no debería, pues, estar basada únicamente en principios -como entiende Weschler- porque ello transformaría a la actividad de la corte en un sistema rígidamente doctrinario que no tiene en cuenta las situaciones del momento. Bickel considera que es necesario que en todo sistema democrático se tengan en cuenta las artes del compromiso. La actividad de la corte no se refiere sólo -como entendía Black- a la legitimación o deslegitimación de la actividad legislativa. Existe una tercera función cual es la de que el tribunal puede negarse a intervenir en situaciones cuando se producen tensiones entre el principio y la conveniencia (*expediency*), ocasiones en las que la corte difiere al proceso político las decisiones sobre el tema en discusión para que el ámbito legislativo la trate libremente.⁸⁶

El problema del exceso en la actividad de la *revisión judicial* parte también de la defectuosa técnica interpretativa de Black que estimaba que todo debía diferirse al texto constitucional y en las ocasiones en las que el texto no era claro bastaba recostarse en la historia del texto. Bickel destacaba que ello importaba recategorizar a la constitución como una suerte de catálogo de respuestas a las preguntas de los doctrinarios cuando, en realidad, los constituyentes habían querido establecer un marco para que las batallas políticas del futuro pudieran ser libradas de buena fe.

⁸⁵ Aquí critica Bickel explícitamente la ya mencionada teoría de Black.

⁸⁶ Ob. cit. pág. 70.

Ante esas dificultades, la corte actúa por la negativa mediante procedimientos tales como la restricción de la legitimación⁸⁷, la madures (*ripeness*)⁸⁸ o la remisión a la doctrina de las cuestiones políticas.⁸⁹ Se conforma así una conducta de la corte suprema⁹⁰ mediante la cual se permite el desarrollo de las controversias políticas hasta el momento en que la cuestión se encuentre madura para ser tratada por el tribunal. De esta forma Bickel destaca el comportamiento de la corte mediante lo que él denomina “virtudes pasivas”, esto es, la abstención como un método necesario para que la cuestión no sea suprimida por el ejercicio irrestricto de los principios teóricos. En este sentido, el sustento en el principio no tiene en cuenta que la *revisión judicial* es una institución que se aparta (*deviant*) de la sociedad democrática.⁹¹ La única forma posible de mantener ese procedimiento de principio es restringir radicalmente la categoría de principios sustantivos que el tribunal puede defender con lo que se disminuye, correlativamente, la calidad de la función de la corte misma.

La idea central de Bickel es que el trabajo de la corte, incluso en una controversia perfectamente definida, no es resolver las cuestiones sobre las cuales los poderes políticos todavía están en cerrado entramado (*dreadlock*). Dadas estas circunstancias, el procedimiento de *revisión judicial* debe limitarse a esperar hasta que las instituciones políticas, rompiendo ese entramado, sean capaces de tomar la decisión inicial sobre el punto en debate sobre la cual la corte debe juzgar posteriormente.⁹² No corresponde en una democracia que el poder judicial se ensanche autoritariamente con el perjuicio sobre el funcionamiento efectivo de las instituciones políticas; su deber es, más bien, evolucionar, preservar y proteger el principio.⁹³

⁸⁷Sobre el concepto de *standing* y su comprensión por Bickel ver William A. Fletcher, *The Structure of Standing* 98 *The Yale Law Journal* 221 (1988).

⁸⁸Para los métodos usados por la Corte en este sentido, ver Evan Tsen Lee, *Deconstitutionalizing Justiciability: The Example of Mootness*, 105 *Harvard Law Review* 605 (1992).

⁸⁹La limitación de la actividad de la Corte se ha visto ampliada en amplio grado desde el momento en que Bickel emitió estas opiniones. En este sentido ver Rachel E. Barkow, *More supreme than Court? The fall of the political question doctrine and the rise of judicial supremacy*, 102 *Columbia Law Review* 237 (2002).

⁹⁰La cuestión del ejercicio de las virtudes pasivas –en el marco señalado por Bickel– debe ser limitada a la competencia federal porque las cortes estatales recurren a mecanismos que dan mayor relevancia a instituciones democráticas como legislaturas o consejos municipales (ver en este sentido el artículo de Helen Hershkoff, *State Courts and the “passive virtues”: rethinking the judicial function*, 114 *Harvard Law Review* 1833 (2001)).

⁹¹Ello fue mantenido años después por Bickel quien afirmaba que “para muchos americanos, la corte parece ser una institución apartada, incongruente –y en cierto modo irritante– de la democracia política” (*The New Supreme Court: prospects and problems*, 45 *Tulane Law Review* 229, 1971).

⁹²Ob. cit. pág. 146.

⁹³Por principio entiende Bickel a una proposición general que organiza ideas de validez universal en un universo dado de cultural y de un lugar, ideas que están a menudo basadas en presuposiciones morales y éticas, Son intentos de ubicar significación, sin

La Corte es un líder de opinión, no un mero registro de ella, pero debe liderar la opinión y no meramente imponer su propia opinión. La construcción del proceso de *revisión judicial* se sostiene en la atención basada en un principio que armoniza con la conveniencia política y que se desarrolla o evoluciona continuamente.⁹⁴

que se produzca un cierre a la comprensión de los problemas que surjan en el futuro (pág. 199)

⁹⁴Ob. cit. pág. 244.

IX. Las soluciones al problema contramayoritario.

IX.a. Ely y la defensa del proceso.

La incesante búsqueda de Ely⁹⁵ se centró en tratar de ubicar una vía por la cual reconciliar los dos métodos principales de interpretación constitucional con el sistema democrático norteamericano. Según su opinión, el *textualismo* tiene como característica fundamental una continua insistencia en que las decisiones de los otros poderes pueden invalidarse únicamente de acuerdo con una inferencia cuyo punto de partida se descubre con claridad en la constitución. Ese método de interpretación se asienta en la teoría democrática ya que crea una restricción a un cuerpo no electo que le dice a los representantes elegidos por el pueblo que no pueden gobernar como desean.⁹⁶ La visión de Black es, en este aspecto, textualista en tanto se remite a la constitución y, fundamentalmente, al hecho de que esa misma constitución ha sido ratificada por el pueblo y es el método por el cual el pueblo se controla a sí mismo.

El problema de interpretación que se encuentra en este procedimiento es que, a veces, la constitución tiene cláusulas abiertas que, inclusive, llevan a pensar que la misma constitución ordena buscar más allá de su propio texto, situación en la cual los tribunales deberían deferir la solución a los órganos políticos como verdaderos autorizados a emitir la auténtica voz popular en estos casos.

Frente al textualismo, Ely propone tener en cuenta la posición contraria que considerar que la Corte Suprema es la encargada de identificar e imponer los valores a los poderes políticos.⁹⁷ La reconciliación con el sistema democrático americano considera que ese sistema autoriza a los jueces a utilizar sus propios valores para dar contenido a la textura abierta de la constitución, aunque con una restricción basada en considerar que el problema político disminuye porque los magistrados no pueden influir decisivamente en cómo se maneja el país.

La respuesta de Ely es que no hay tal reconciliación porque es evidente que la Corte ha retrasado el ejercicio de la voluntad mayoritaria en diversas oportunidades.

El siguiente problema en torno a la determinación de los valores se apoya en el hecho de que no existe una fuente unívoca a la que recurrir para determinar cuáles son los valores preponderantes para el caso. La enumeración de principios externos puede llegar a comprender a los principios iusnaturalistas, a principios neutrales (Wechsler)⁹⁸, a la razón (Bickel)⁹⁹, a la tradición¹⁰⁰ y al consenso¹⁰¹.

⁹⁵ Democracia y desconfianza, Bogotá, Ed. Siglo del Hombre, 1998.

⁹⁶ Ob. cit., págs. 20 y 22.

⁹⁷ Ob. cit. pág. 63.

⁹⁸ La dificultad con los principios neutrales es que nada nos dicen acerca de su contenido o como debería derivar la Corte los valores que encarnan.

⁹⁹ Basada en la presunción en el sentido de que los jueces se encontrarían, por su aislamiento, mejor situados para determinar la razonabilidad de los juicios morales.

Frente a estas dificultades, Ely sostiene que existe una salida al enfoque textualista y a la posición que busca valores fuera de la constitución misma. El armazón que bosqueja se sostiene en las decisiones de la Corte Warren cuya preocupación era, en resumen, la búsqueda de transparencia de los canales de cambio político y los procedimientos de corrección de ciertos tipos de discriminación contra las minorías.¹⁰² La idea característica de esa corte se caracterizó por la consecución de estas metas participativas de ampliación del acceso a los procesos y beneficios del gobierno representativo por oposición a la insistencia en la más tradicional de los académicos que buscara el suministro de una serie de valores sustantivos como fuente de la interpretación constitucional.¹⁰³

El deber de actuación que le incumbe a la corte es la búsqueda de un procedimiento de representación virtual que supere las dificultades de la representación política dominada por las fuerzas mayoritarias. La preservación de los valores constitucionales no es una función constitucional con el agregado de que los métodos de refuerzo de la representatividad impuestos a los jueces, a diferencia de la protección de esos valores fundamentales, es totalmente compatible con el sistema de la democracia representativa.

¿Cuál es la justificación para que ese tipo de actividad de *revisión judicial* sea imputada a los jueces? La respuesta se encuentra en que los tribunales, como expertos en procesos y por ser ajenos a la política, pueden sostener razonablemente que se encuentran mejor calificados y situados para llevarlos a cabo que los funcionarios políticos.

Esa postura se imbrica también con la teoría de Ely en cuanto a que la Constitución -y fundamentalmente sus Enmiendas- se hallan dirigidas a proteger ciertos tipos de procedimiento más que a los valores que tradicionalmente se han considerado como fundamentales (por ejemplo, la libertad de expresión, la protección a la propiedad, etc.). Se trata, en lo principal, de problemas de proceso y estructura y no a la identificación y preservación de valores sustanciales específicos. Desde esta perspectiva, el proceso histórico ha tendido a dejar sin valor a los cláusulas que entronizaban a valores sustantivos como la permisión de la esclavitud o la prohibición de la Enmienda...

La adecuación de la *revisión judicial* con la democracia se funda en que la constitución debe prescribir los procesos legítimos y no los resultados legítimos como método

¹⁰⁰El problema es que se puede apoyar cualquier cosa con este fundamento y, lo que es peor, tiene un fuerte tinte antidemocrático y tenderá a penalizar a aquellas personas alejadas de las pautas mayoritarias.

¹⁰¹El consenso es, aparentemente, democrático. El obstáculo es cómo descubrirlo y, para peor, mezcla lo general con lo específico en un procedimiento que tiende a equiparar a los magistrados con las legislaturas.

¹⁰²Ob. cit. pág. 97.

¹⁰³La idea de Ely es buscar ese origen en la nota 4 de *United States v. Carolene Prods. Co.*, 304 U.S. 144, 152 (1938). Para dos críticas divergentes a este tipo de procedimientos ver Mark Tushnet, *Darkness on the Edge of Town: The Contributions of John Hart Ely to Constitutional Theory* y Laurence H. Tribe, *The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories* en 89 *The Yale Law Journal* 1037 y 1063 respectivamente (1980).

adecuado para hacer frente a las dificultades suscitadas por los tiempos cambiantes. Los jueces deben intervenir sólo cuando el mercado político funciona incorrectamente de manera sistemática,¹⁰⁴ ya que las determinaciones valorativas deben ser adoptadas por los representantes elegidos por el voto popular. El desacuerdo con esta opción sólo puede modificarse mediante el reemplazo de los representantes políticos mediante el procedimiento electoral y no por la decisión de los jueces en la imposición de sus propios valores.

El despeje de los canales de cambio político es necesario porque es la presuposición fundante del funcionamiento de un proceso democrático abierto y efectivo. La negación del sufragio es la obstrucción por excelencia que difícilmente puede ser modificada por los representantes que tienen intereses creados en el mantenimiento del sistema. En cuanto a la protección de las minorías se requiere que se promueva la participación de aquellos excluidos habitualmente del proceso político entre los que se encuentran las minorías discretas e insulares como los extranjeros, los pobres, los homosexuales y, eventualmente, las mujeres.¹⁰⁵

IX.b. Los valores supraconstitucionales y la *revisión judicial*

Las teorías de Dworkin respecto a la vinculación entre *revisión judicial* y democracia se asientan en dos pilares distintos. Por un lado, se requiere considerar lo que este autor denomina la lectura moral de la constitución americana¹⁰⁶ que apunta al particular sistema político adoptado por los Estados Unidos. Por otra parte, es necesario considerar el modo en que la tradición judicial de ese país se atiene a una concepción de narrativa y a un principio de integridad¹⁰⁷ en orden a la interpretación de las cláusulas constitucionales. El primero se estructura sobre un planteo de teoría constitucional y el segundo sobre la idea de una teoría hermenéutica.

La lectura moral de la constitución norteamericana propone que las cláusulas abstractas de la constitución deben ser interpretadas y aplicadas en el entendimiento de que ellas invocan principios morales abstractos acerca de la decencia política y de la justicia. Esta idea trae a la moralidad política al centro del derecho constitucional e impone, en el sistema americano, que sean los jueces quienes tienen autoridad para dar una interpretación autoritativa sobre el tema.

¹⁰⁴El mal funcionamiento se presenta por el bloqueo de los canales de cambio político y porque los representantes de la mayoría actúan de tal modo que colocan en desventaja a alguna minoría insular y discreta.

¹⁰⁵Ob. cit. 146 y 167.

¹⁰⁶El texto principal se encuentra en la introducción al texto *Freedom's Law. The moral reading of American Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1999, págs. 1 a 38.

¹⁰⁷Recurriré, en este aspecto, a la obra *El imperio de la justicia*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1988.

El argumento de Dworkin se asienta sobre el hecho de que el juez debe juzgar sobre convicciones de principio¹⁰⁸ que refuercen su concepción de la constitución que puede ir en contra de lo que la mayoría desea porque el sistema político americano se asienta no sólo bajo la ley sino también bajo el principio. Ahora bien, esos principios consisten en ciertos ideales políticos y legales que pueden resumirse en que todas las personas deben ser tratadas como teniendo un idéntico status moral y político.

¿Dónde quedaría, pues, el texto de la Constitución? La respuesta se halla en que la labor de los magistrados procura que deben encontrar los que los *Framers* quisieron decir. El procedimiento de búsqueda se asienta tanto en un método de investigación histórica como en una lectura moral que requiere, a su vez de un requisito de integridad constitucional que procura que los principios morales se incorporen al diseño estructural de la constitución como un todo. No basta la aplicación de los principios morales que el magistrado entienda adecuados, porque es imprescindible que sean adecuados con las líneas dominantes de interpretación constitucional adoptadas por los jueces en el pasado: es una unión de historia, práctica e integridad.

Frente a ello se puede oponer que la lectura moral se opone a la democracia (según la lectura originalista de la constitución). Dworkin responde a ello con una nueva vuelta de tuerca: la democracia es algo distinto de lo que se presupone habitualmente como la voluntad mayoritaria de los ciudadanos (*majoritarian premise*). Plantea así la concepción constitucional de la democracia en la cual se supone que el objetivo de ese sistema es que las decisiones colectivas sean hechas por instituciones políticas cuya estructura, composición y prácticas traten a todos los miembros de la comunidad, como individuos, con igual interés y respeto.¹⁰⁹ Cuando la premisa mayoritaria no acepta estas condiciones, no existen objeciones para que se adopten otros procedimientos que, en nombre de la democracia, respeten a aquella protección de los ciudadanos.

Dados estos presupuestos, Dworkin destaca que sólo es problemática la *revisión judicial* cuando surge como derivativa de la concepción mayoritaria de la democracia.

La acción colectiva es algo más que la mayoría estadística; supone, más bien, una acción comunal que unifica las acciones separadas en un acto unificado. Una posición de esas características conduce a pensar que las decisiones en una democracia real son tomadas por una entidad distinta a la mera suma de los individuos: el pueblo mismo. Si una persona es un miembro genuino de la comunidad política su acto de acción colectiva, será, en cierto sentido, percibido como propio aunque vaya en contra de su voluntad individual. La comunidad política verdadera será, según estos rasgos, aquella en la cual exista una comunidad de agentes morales independientes.

Pese a esto, Dworkin no se apega a concepciones republicanas o deliberativas porque sigue entendiendo que la *revisión judicial* puede dar una clase superior de deliberación republicana que la que se conforme por la discusión más amplia en otros ámbitos. Es más, muchas de las formas de la deliberación política actual habrían sido conformadas y

¹⁰⁸La idea ya se encuentra en los orígenes del pensamiento del Dworkin: el juez debe actuar "como cualquier miembro reflexivo de la comunidad dispuesto a discutir qué es lo que exige en alguna ocasión la equidad, la igualdad o la libertad" (*Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta Agostini, 1993, pág. 206).

¹⁰⁹*Freedom's Law...* pág. 17.

predeterminadas por los senderos que han conformado jueces y abogados en decisiones judiciales precedentes.

Esta posición es una ampliación de sus anteriores tesis que daban mayor relevancia al hecho de que el sistema constitucional descansa sobre una teoría moral consistente en que los hombres tienen derechos en contra del Estado -algunos de ellos expresados en el *Bill of Rights*- que deben ser considerados como apelaciones a conceptos morales más que como el establecimiento de concepciones determinadas.¹¹⁰ Las minorías tendrán aseguradas, en estos términos, la protección contra las mayorías para que la dignidad y la igualdad sean respetadas.

La idea de integridad es una parte fundamental de la teoría de Dworkin de la decisión judicial porque requiere que los magistrados sean coherentes en sus pronunciamientos y, en particular, dando un peso propio a los fallos de la Corte.¹¹¹ La comunidad tenderá a comprometerse con los principios de equidad y justicia que desarrollen los magistrados en una forma análoga al compromiso de las personas con sus ideales y convicciones. Dworkin entiende que la integridad es una virtud en tanto el pueblo considera que sería desalentador aceptar una suerte de decisiones judiciales diversificadas frente a la existencia de casos similares.

Un ejemplo concreto del modo en que Dworkin aplica estas consideraciones basadas en las posibilidades de los jueces de trasladar sus valores al ámbito de las sentencias se encuentra en su posición frente al aborto.¹¹² En este sentido, estima que las cláusulas de la Declaración de Derechos parecen abstractas, pero, en realidad, ordenan que el gobierno trate a cada individuo, con consideración y respeto, y que no se infrinjan sus libertades básicas. Este sistema de principios es comprehensivo porque ordena consideración igualitaria y libertad básica. Frente a ellos, los juristas que proponen la interpretación originalista entienden a esas declaraciones como mensajes codificados de acuerdos históricos concretos que sólo concederían al magistrado un margen de libertad similar al que se encuentran los jueces al interpretar una póliza de seguros.

Dworkin sostiene que los Framers tenían intenciones abstractas y ellas fueron insertadas en la Declaración de Derechos de modo tal que los magistrados se hallan facultados para transportar el contenido abstracto de, por ejemplo, la Decimocuarta Enmienda con el objeto de proteger el derecho a la autonomía reproductiva de la mujer, aunque ello no se encuentre concretamente designado en ese documento. Un procedimiento similar se puede usar el derecho general de privacidad al control del embarazo en tanto se comprenda que corresponde al individuo el derecho a elegir tener o no tener un hijo sin interferencia del gobierno. De todos modos, las sentencias deberán adecuarse al método de la integridad que no busca la uniformización de las decisiones, sino que los ciudadanos se hallen gobernados por el principio, esto es, por criterios más básicos e ideales y no por una lista de reglas detalladas.

¹¹⁰ *Los derechos en serio...* pág. 230 y sigtes.

¹¹¹ *El imperio de la justicia...* pág. 125 y sigtes.

¹¹² *El dominio de la vida*, Barcelona, Ed. Ariel, pág. 190 y sigtes.

IX.c. Ackerman y la concepción de la democracia dualista.

La relación entre *revisión judicial* y democracia en Bruce Ackerman sólo puede ser comprendida adecuadamente si se tiene en cuenta su particular concepción del sistema político americano como una democracia dualista. Su teoría en este aspecto es que existen dos tipos de decisiones en una constitución basada en este modelo; una de ellas supone a aquellas decisiones tomadas por el pueblo americano y la restante tiene en cuenta a aquellas adoptadas por el gobierno.¹¹³ Las resoluciones adoptadas por el pueblo ocurren raramente, involucran a un número importante de personas y son tomadas después de haberse cumplido ciertos recaudos de deliberación. En cambio, las resoluciones escogidas por el gobierno ocurren diariamente, son adoptadas por funcionarios responsables ante el electorado (aunque no siempre) y deben tomar en cuenta el interés público.

A partir de esa concepción, la intervención de la Corte en el procedimiento de la *revisión judicial* no enfrentaría serios inconvenientes. En efecto, el tribunal mantendría aquí una actitud prevencional de las verdaderas decisiones del pueblo americano y debería bloquear las decisiones gubernamentales de las fuerzas mayoritarias que deberán adoptar medidas necesarias para proceder a incorporar, si así lo desean, esas medidas mediante un procedimiento de deliberación más amplio que el del Congreso. La Corte es, en esta hipótesis, una institución esencial de un régimen democrático bien ordenado.

Ackerman destaca que esta concepción se opone a la de una democracia monista en la cual las decisiones son adoptadas por las personas que han resultado vencedoras en la última elección. Autores como Bickel o Ely serían, desde esta posición, monistas porque, de un modo u otro, suponen que el ejercicio de la *revisión judicial* es esencialmente antidemocrático y deben recurrir a estratagemas teóricas para superar la "dificultad contramayoritaria". También se enfrentan a aquellos fundamentalistas del principio que consideran que la constitución norteamericana se asienta básicamente sobre la protección de valores que son superiores a ella misma (al estilo de las propuestas de Epstein y Dworkin).

Ese falta de una óptica adecuada llevaría a la mayoría de la doctrina constitucional moderna a elaborar una perspectiva basada exclusivamente en las decisiones de la Corte cuando la unidad esencial de análisis debería ser el régimen constitucional mismo.¹¹⁴ La labor de la *revisión judicial* es en una democracia dualista preservar las soluciones de la legislación superior (*higher law*) alcanzadas por el pueblo que no deben ser erosionadas por períodos de política normal y no la elaboración de principios inmutables basados en métodos filosóficos (como sostienen los fundamentalistas) o el rechazo de su actividad como antidemocrática (como afirman los monistas).

La actividad de la *revisión judicial* reviste ciertas dificultades porque Ackerman considera que la Constitución ha sufrido modificaciones (en el período de la Reconstrucción y en el *New Deal*) que no han sido realizadas por los métodos formales

¹¹³ *We the People. Foundations*, 5a. ed., Cambridge, Harvard University Press, 1998, pág. 6 y sigtes.

¹¹⁴ Ob. cit. pág. 59 y 66.

del artículo V,¹¹⁵ con lo que la constitución que interpretaban los jueces del período *Lochner*, por ejemplo, es distinta de la que se interpretaba en el período de la Corte Warren.

De todas formas, el procedimiento al que debería recurrir la Corte en períodos en los cuales se pretende la alteración de los principios esenciales establecidos por el pueblo americano consistiría en ubicar si los políticos que proponen el cambio han pasado los límites establecidos por ese pueblo para mantener los principios democráticos. La idea es que el tribunal debe distinguir entre los deseos momentáneos de los políticos del juicio colectivo establecido por el pueblo mediante un amplio proceso deliberativo.¹¹⁶ Si se produce la movilización real de la ciudadanía en la búsqueda de estos nuevos objetivos, la corte deberá acceder a ellos so pena de quedar alienada del sistema democrático.

En el sistema político americano el pueblo es el que gobierna y los jueces tienen la obligación de seguir los mandatos de ese pueblo cuando, después de un debate y decisión públicas, una mayoría movilizada establece nuevos principios políticos.¹¹⁷ Dadas estas condiciones, la Corte reconoce las conclusiones adoptadas por esa mayoría como ocurrió en la etapa de la Reconstrucción con los casos *Slaughterhouse* o mantiene los supuestos interpretativos surgidos de esa Reconstrucción como hizo la Corte *Lochner* hasta el surgimiento de una nueva etapa deliberativa con el *New Deal*.

IX.d. La democracia deliberativa.

La teoría de la democracia deliberativa propone que las cuestiones que afecten el interés público deben estar sujetas a un proceso de discusión previa a la decisión que lleve insita la más amplia intervención posible de los eventuales afectados.¹¹⁸ Ese principio

¹¹⁵ Las posibilidades de una vía de enmienda constitucional extratextual también han sido examinadas por Amar con otras conclusiones, ver Philadelphia Revisited: Amending the Constitution Outside Article V, 55 *The University of Chicago Law Review* 1043 (1988). La cuestión de la real relevancia de las enmiendas formales de la constitución también ha sido discutida desde otra óptica por David A. Strauss en su artículo The irrelevance of constitutional amendments en 114 *Harvard Law Review* 1457 (2001).

¹¹⁶ Ob. cit. pág. 262.

¹¹⁷ *We the People. Transformations*, Cambridge Mass, Harvard University Press, 1998, págs. 92, 252 y 280.

¹¹⁸ Similares definiciones pueden hallarse en Joshua Cohen, Deliberation and Democratic Legitimacy en Bohman y Reh (ed.) *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics...* págs. 67 y 69 (asociación cuyos asuntos son gobernados por la deliberación pública de sus miembros); Christiano (ob. cit. pág. 243 (decisión basada en un proceso sustancial de deliberación); en Bohman, *Public Deliberation. Pluralism, Complexity and Democracy*, Cambridge The MIT Press, 2000, pág. 27 (proceso dialógico con el propósito de resolver cuestiones problemáticas en una cooperación interpersonal); en Elster, Procedure and Substance en Bohman *Deliberative*

resulta, a primera vista, de difícil aplicación en un sistema político en el cual el poder judicial pretende mantener una cierta supremacía en la forma de interpretar la constitución respecto a las cuestiones traídas a su decisión.

Ahora bien, la teoría de la democracia deliberativa considera que la intervención del juez en el proceso de la *revisión judicial* no puede ser examinada con una perspectiva originalista porque aquí el magistrado permanece como un extraño a la controversia política, ni en una posición semejante a la de Ely porque en tales casos el juez sigue permaneciendo ajeno a la discusión o incluso desde una postura fundamentalista ya que en esta posición los valores no surgen ni se descubren por el proceso de discusión pública.

Frente a estas teorías, la democracia deliberativa establece, como principio general, que las cortes deben respetar a los juicios razonables de las legislaturas incluso cuando un interés fundamental se encuentra en la estacada. Esa desconfianza en relación a la actividad judicial se basa en que este tipo de decisiones respecto al balance de intereses no son siempre confiables. La posibilidad eventual de que los magistrados lleguen a un balance adecuado respecto a los principios morales también es mirada con disfavor porque sus sentencias truncan habitualmente el proceso deliberativo que se venía gestando en la sociedad que normalmente asegurará las mayores posibilidades para llegar a un arreglo que se acerque a un verdadero sucedáneo del discurso moral.¹¹⁹

La cuestión no se centra, pues, en la aprehensión de valores supraconstitucionales por la legislatura o por el juez, sino en el hecho de que el procedimiento democrático

Democracy... pág. 412 (como una decisión colectiva en la que se promueve la participación de todos los miembros que eran afectados por ella); en Gastil, John, *By Popular Demand: Revitalizing Representative Democracy through Deliberative Elections*, Berkeley, University of California Press, 2000, pág. 22 (como una discusión que envuelve un razonamiento sensato, audiencia crítica y honesta elaboración de las decisiones); en Miller, *Sobre la nacionalidad*, Barcelona, Ed. Paidós, 1997, pág. 122 (como un ideal de la comunidad política donde las decisiones se alcanzan mediante una discusión abierta); en Stotzky, *Creating the Conditions of Democracy* en Harald Koh y Ronald C. Slye, *Deliberative Democracy and Human Rights*, New Haven, Yale University Press, 1999, pág. 160 (como un proceso en el que se promueve el debate público sobre la dirección social de la comunidad en donde prevalecen los principios sobre los intereses) y en Young, *Difference as a Resource for Democratic Communication* en Bohman (ed.) *Deliberative Democracy...* pág. 400 (como un proceso de discusión, debate y crítica que busca resolver los problemas colectivos rechazando el concepto de un proceso adversarial de competencia de intereses autorreferenciales).

¹¹⁹Para un esquema de las posturas de los teóricos de la deliberación recurriré a Cass Sunstein que ha intentado dar un esquema sistemático de la cuestión en el artículo *The Supreme Court 1995 Term Foreword: Leaving things undecided*, 110 *Harvard Law Review* 4 (1996) y en los textos posteriores *One case at a time...* pág. 103, *The Partial Constitution*, 3a. ed., Cambridge, Harvard University Press, 1997 y Sunstein, Cass R.: *Designing Democracy. What Constitutions Do*. New York, Oxford University Press, 2001.

deliberativo permite crear -con ciertos requisitos procedimentales- la mejor forma posible de legislación para el sistema de autogobierno.

Asimismo, la teoría deliberativa tiene particularmente en cuenta que el habitual fundamento del control de constitucionalidad supone una suerte de superioridad epistémica de las decisiones judiciales respecto de la voluntad popular expresada por el poder legislativo. Entre esas opciones, la teoría de la deliberación propone restringir esa actividad de control judicial cuando las decisiones legislativas han cumplido los recaudos básicos requeridos para el proceso de discusión pública.

Dadas estas condiciones, la democracia deliberativa critica al activismo de la Corte Warren que habría producido una verdadera restricción en la actividad que era esperable en el marco de las legislaturas estatales. La idea de la deliberación al estilo de Madison en el que todos los ciudadanos pueden contribuir a la interpretación y formación de los principios derivados de la decisión constitucional se ve limitada cuando se produce un proceso de idolización de la corte como única intérprete de la constitución. La voz de los restantes funcionarios gubernamentales y la voz del pueblo en general pierde resonancia cuando se llega a la conclusión de que la constitución es sólo lo que los jueces de la corte dicen que es.¹²⁰ El proceso de racionalidad en el que se inserta la idea de democracia deliberativa queda limitada a una discusión elitista entre los miembros de la corte sin que exista un proceso previo de deliberación dentro del cual todas las voces puedan ser oídas en el marco de un procedimiento realmente justificatorio de una democracia moderna.

La actividad judicial -en los casos en que esté justificada- también debe quedar limitada para tratar de mantener sus juicios dentro de márgenes estrechos. Sus sentencias tienen que reflejar una especie de acuerdo incompleto para permitir la continuación del proceso de deliberación pública que se integre con la dación de razones que no se basen en la opción simple por los intereses privados.¹²¹ Ese tipo de actitudes conduciría al denominado *minimalismo judicial* desde el cual se postula un uso constructivo del silencio por razones pragmáticas o democráticas. En ciertas ocasiones, el acuerdo incompleto de las sentencias de los jueces sobre aspectos relativos a materias de debate público puede permitir -a diferencia de la definición por los magistrados de los valores constitucionales- que el debate democrático se realice sin interrupciones y sustentado en razones dadas por actores que son responsables democráticamente. Consecuencia de ello será, por ende, la necesidad de que los magistrados se restrinjan al máximo cuando se trate de la resolución de conflictos que aún no han sido suficientemente discutidos en el ámbito de los poderes políticos.

¹²⁰Sunstein *One case at a time...* pág. 162. Una alternativa -no deliberativa- es señalar que el problema no es la corte en general sino la corte Rehnquist que se ha aislado de los principios del constitucionalismo popular (ver Larry D. Kramer en *The Supreme Court 2000 Term We the Court*, 115 *Harvard Law Review* 4 (2001))

¹²¹Sunstein. *One case at a time...* pág. 262 y sobre las preferencias privadas ver *Naked preferences and the Constitution*, 84 *Columbia Law Review* 1689 (1984) y *The Partial Constitution*.

Se trata, más bien, de asegurar el principio constitucional, histórico y filosófico de la democracia deliberativa mediante decisiones que alcancen un acuerdo teórico incompleto. En el marco de esta idea también el minimalismo judicial puntualiza que, en estos casos, las sentencias de la corte suprema deberán ser estrictamente limitadas al punto en debate y, en particular, no tendrían que establecer reglas demasiado amplias que debiliten el debate democrático. El minimalismo procura reducir las cargas de la decisión judicial porque los magistrados a menudo no tienen la información necesaria sobre el tema. Por el contrario, maximalismo hace a los errores judiciales más frecuentes y lleva, a veces, que los integrantes de las cortes maximalistas pueden llegarse a encontrarse sorprendidas por las decisiones de cortes subsecuentes que consideran el anterior lenguaje como dicta.¹²²

A partir de ello, es claro advertir que la democracia deliberativa es reacia a admitir que los jueces se inserten en una suerte de juego dialéctico que conduzca a que el poder judicial modifique el juego de las fuerzas democráticas por su supuesta superioridad epistémica en la consideración de cuestiones constitucionales. Por otro lado, estos procedimientos favorecerán que los otros poderes del gobierno tengan un ámbito suficiente para adaptarse a futuros problemas, para producir compromisos mutuos ventajosos para la mayoría y añadir nuevas informaciones y perspectivas a los problemas legales.

Nino entiende que la *revisión judicial* soslaya la decisión de la mayoría democrática insertada la ley formal y considera, erróneamente, que existen motivos suficientes para entender que una reflexión monológica puede estimarse per se superior a las formas de control alternativas basadas en un amplio proceso deliberativo. Por consiguiente, sólo correspondería el control judicial de constitucionalidad en limitados supuestos que se presentan cuando las reglas del proceso democrático no son adecuadamente respetadas; en los supuestos en que decisiones estatales violen el principio de autonomía y cuando sea necesario ese control para mantener la práctica social o convención dentro de la cual la constitución opera en un contexto nacional (esto es como fundamento de las mismas normas democráticas cuya impugnación se intenta).¹²³

Las tesis de la democracia deliberativa respecto a la *revisión judicial* pueden resumirse en los siguientes términos:

1. Los jueces no se encuentran en una situación preferencial para examinar la constitución y la legislación dictada en su consecuencia.
2. La deliberación pública es el método adecuado para dar solución a las controversias surgidas en las modernas sociedades democráticas y, por ende, debe darse cierto

¹²² Sunstein. One case at a time,... pág. 20. Los fundamentos de la posición supuestamente minimalista de Sunstein han sido fuertemente cuestionados por Sheldon Gelman, The Hedgehog, the Fox, and the Minimalist, 89 *The Georgetown Law Journal* 2297 (2001).

¹²³ La constitución de la democracia deliberativa.

privilegio a estas actividades por encima de una indebida confianza sobre la actividad del poder judicial para resolver conflictos relevantes para la comunidad.

3. Los valores son descubiertos por el poder judicial dentro del proceso de deliberación misma o derivan, en un amplio sentido, de estos procesos deliberativos.

4. La concepción epistémica de la democracia deliberativa propone una restricción fuerte a la *revisión judicial*.

5. El excesivo protagonismo judicial provoca una indebida restricción a la actividad deliberativa de las sociedades democráticas.

6. La solución más apropiada consistiría en proponer el dictado de sentencias que se sostengan en una especie de decisión incompleta respecto de los planteos existentes de modo que no se censure judicialmente la continuación del proceso democrático.

IX.e. Amar y la defensa del intratextualismo.

El problema de la *revisión judicial* en su relación con la democracia no se restringe a la denominada cuestión contramayoritaria. Una dificultad no menos relevante es la consecuencia que se sigue de la relación de la corte suprema con sus propios precedentes jurisprudenciales y el modo en que esta jurisprudencia se apega al texto de la constitución.

Akhil Reed Amar -de la Universidad de Yale- ha postulado la necesidad de volver al texto mismo y en particular a lo que el pueblo americano ha dicho y hecho en la Constitución que es un conducta más edificante y sensible que lo que los jueces de la Corte han hecho y dicho en el derecho de casos (*case law*)¹²⁴ El texto es propiamente el documento como fue entendido por el pueblo americano, que lo ratificó y enmendó y lo que cuenta como historia, en estos caso, es el significado público accesible y no el propósito privado secreto. Es más, la semilla del régimen de precedentes de la misma corte son, en lo sustancial, decisiones basadas en el documento (*Marbury v. Madison*, *Mac Culloch v. Maryland*) que fue el acto más democrático e inclusivo en el momento de su sanción en 1787 y todavía lo era en 1803.

Las virtudes democráticas del texto constitucional no quedan limitadas a la cuestión de su ratificación popular. Amar señala que el proceso de creación y ratificación del texto constitucional y sus enmiendas ha sido mucho más deliberativas que las sentencias de la corte suprema, las cuales son elaboradas por escrito y en las que no existe un verdadero intercambio de opiniones democrático.¹²⁵

¹²⁴The Supreme Court 1999 Term Foreword: The Document and the Doctrine 114 *Harvard Law Review* 26 (2000).

¹²⁵Aquí destaca Amar el tan conocido problema de la actividad de los *law clerks* de los Justices en la elaboración los votos. Sobre este aspecto resultan interesantes las consideraciones de David J. Garrow, "The lowest form of animal life? Supreme Court clerks and Supreme Court history, en 84 *Cornell Law Review* 855 (1999), Anthony T.

La accesibilidad al público es también un rasgo democrático del texto constitucional en reemplazo de la jerga doctrinal blanda a la que es traducida en los procedimientos de la corte suprema.¹²⁶ Su brevedad y franqueza permiten la convocatoria a todos los ciudadanos ordinarios de cualquier dirección y prometía supuestamente desde su origen, una república democrática que renegaba de los vínculos feudales y de sangre (a diferencia de la Corte que optó en su momento por el lugar equivocado en *Dred Scott*).

La renovación de las posturas de la Corte norteamericana no se habrían centrado, desde esta posición, en una ampliación de las perspectivas frente a un texto anticuado; por el contrario, Amar postula que ha sido una especie de vuelta a un texto basado en el periodo de la Ilustración el que ha autorizado a cumplir mejor sus objetivos. La corte se habría acercado a los deseos democráticos no mediante un fundamento construido alrededor de los anteriores precedentes sino, precisamente, en el repudio de los precedentes que se alejaban del documento fundacional.¹²⁷ No es tarea de la corte un procedimiento que la lleva a alejarse del documento; ello le corresponde mediante el proceso formal de enmiendas al pueblo americano. El procedimiento contrario conduce a un constitucionalismo sin la constitución y a un régimen de soberanía popular sin el pueblo. Cuando el pueblo ha luchado para insertar algo en el documento, no debería ser alterado excepto por el pueblo mismo, de modo que los precedentes erróneos (según la doctrina) deben considerarse legítimos si han sido ratificados también por el pueblo.¹²⁸

Amar señala que el documentarismo (*documentarianism*) es un método general de interpretación constitucional y no sólo una estrategia de la *revisión judicial*, porque la interpretación constitucional a menudo se produce también fuera de los tribunales.¹²⁹ Sin embargo, él mismo suministra un método adecuado para insertar su teoría de la importancia del documento constitucional en el procedimiento del control de constitucionalidad por los jueces. Ese método lo ha denominado como intratextualismo (*intratextualism*) y surge como una técnica según la cual se parte del presupuesto de la existencia de recurrencia de ciertos términos en la constitución para llegar a la convicción de que es necesario que el intérprete trate de leer una palabra o frase controvertida a la luz de otro pasaje de la constitución delineando el mismo (o una muy similar) palabra o frase.¹³⁰

Kronman *The lost lawyer*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 6a.; Richard A. Posner, *Overcoming law*, Cambridge, Harvard University Press, 5a. ed., 1998, pág. 68 y Glendon A. Schubert, *Constitutional Politics. The Political Behaviour of Supreme Court Justices and the Constitutional Policies That They Make*, New York, Holt, Rinehart and Winston, 1960, págs. 138 a 147.

¹²⁶ Amar... Foreword... pág. 45.

¹²⁷ Seguir el régimen del precedente -con los problemas que pone en evidencia Casey- puede llevar a un derecho constitucional más centrado en la corte que en la constitución y en donde la constitución misma puede verse eclipsada.

¹²⁸ Amar.. The document... pág. 84.

¹²⁹ Amar, The document.. pág. 124.

¹³⁰ Intratextualism, 112 *Harvard Law Review* 748 (1999).

El intratextualismo es una técnica de interpretación constitucional y sólo atañe de un modo tangente a la cuestión de la relación entre la *revisión judicial* y la democracia. De todos modos, es necesario tener en cuenta que, según Amar, el hecho de que la constitución derive directamente del pueblo es, en su misma naturaleza, un documento populista (*populist*) que le habla a ese pueblo y no puede compartir la prolijidad de un código que se encuentra normalmente dirigido hacia especialistas. La constitución se asienta sobre el genio de sus escritores y sobre el genio de sus lectores porque el constitucionalismo escrito supone un proyecto intergeneracional extendido que llama a una colaboración mutuamente sensible (*sensitive*) entre generaciones de escritores y posteriores generaciones de lectores.¹³¹

Este proyecto intergeneracional requiere que los jueces contemplen las cláusulas de la constitución también de acuerdo con el contexto temporal y filosófico dentro del cual habían sido elaboradas. El *Bill of Rights* es, a menudo, considerado -desde la lectura convencional- como un documento contramayoritario. Sus directivas se encontrarían ancladas en un discurso de protección de las minorías frente a las pretensiones democráticas que pretenderían someterlas a las ideologías dominantes. Amar¹³² sostiene una postura que ubica al juez en una relación distinta frente a las pretensiones supuestamente democráticas porque las primeras Enmiendas tendían a la protección del pueblo -concebido como ente colectivo- frente al gobierno auto-interesado. La idea era formar un esquema estructural que protegía la capacidad de los gobiernos locales para detener los abusos del gobierno federal, asegurar que los ciudadanos comunes participaran en el gobierno federal mediante los jurados, y preservar el derecho soberano del pueblo para alterar los gobiernos y tener la última palabra sobre las cuestiones constitucionales.

La alteración de este sentido puede advertirse en la consideración de la Primera Enmienda. Así, lo que los *Framers* pensaban proteger eran los derechos de mayorías populares (como los Republicanos en los últimos años de la década de 1790) frente a un Congreso no representativo y no exclusivamente los derechos de minorías no populares (como los comunistas).¹³³ Ese procedimiento de consideración de los derechos individuales ha llevado a oscurecer estos aspectos básicos de la estructura constitucional de los *Framers*.¹³⁴

¹³¹Ibidem. pág. 794. Amar distingue varias formas de intratextualismo que exceden el ámbito de este trabajo (intratextualismo basado en el diccionario, intratextualismo basado en la concordancia e intratextualismo basado en el manual jurídico).

¹³²*The Bill of Rights*, New Haven The Yale University Press, 1998.

¹³³Sobre estos aspectos ver *The Bill*, págs. XIII y 21. Para una consideración de estos aspectos de los años 1790 ver Martin, James: *When Repression is Democratic and Constitutional: The Federalist Theory of Representation and the Sedition Act of 1798*, 66 *The University of Chicago Law Review*, 117 (1999).

¹³⁴Ejemplos similares se hallan en otras Enmiendas. Por ejemplo, la protección de la Enmienda Cuarta contra las búsquedas ilegales también puede ser considerada no como un derecho contramayoritario, sino como la protección del derecho colectivo del pueblo a no ser objeto de ataques por un gobierno oligárquico como la persecución sufrida por John Wilkes en Gran Bretaña (ibidem, págs. 64 y 73). Sobre la influencia del caso de Wilkes en el pensamiento primigenio de los Revolucionarios ver Pauline Maier, *From*

La consideración del derecho colectivo del pueblo que subyace a las primeras Enmiendas se ha perdido en un grado importante en el tema de la *revisión judicial*. En particular, la idea de que un jurado podría descartar la aplicación de una norma por inconstitucional ya estaba relativamente asentada en 1800 con fundamento en que ello era exclusiva competencia de los jueces. Amar juzga que ello ha importado una indebida restricción de la intervención popular en el estudio de un documento que - como antes se señaló- no es un código sino un instrumento en el que está patentizada la voluntad del pueblo americano.¹³⁵

El intratextualismo enfrenta serios problemas para su consideración a la luz de la *revisión judicial* porque la heterogeneidad de la constitución dificulta la lectura intentada por Amar que busca la asimilación del significado de las palabras del texto. Por otra parte, Amar supone que existe una especie de metacláusula interpretativa que obliga a leer las palabras con ese enfoque paralelo.¹³⁶ De todos modos, su utilidad como método restrictivo de la discrecionalidad judicial resulta bastante discutible porque los jueces están acostumbrados a manipular las palabras de modo que se inserten en las categorías ideológicas propias. No existe, en esta perspectiva, la posibilidad de imponer serias restricciones al fundamentalismo de valores de los magistrados.

IX. F. El originalismo, la revision judicial y la democracia.

La concepción originalista.

El planteo de Robert Bork es que la república conforma un esquema completo y autosuficiente y que existe una herejía consistente en la introducción de la idea de que los jueces no se encuentran ligados por la ley.¹³⁷ Esta afirmación de Bork es el punto de origen de toda su concepción restrictiva de la *revisión judicial* como una tarea que se encuentra esencialmente en contra de la legitimación democrática. Los jueces, en esta concepción, crean también el derecho -en la tradición del *common law*- pero sólo son legisladores intersticiales. Su tarea consiste en mantener la estructura arquitectónica forjada por los *Framers* en la constitución.

Resistance to Revolution. Colonial Radicals and the Development of American opposition to Britain, 1765-1776, New York, Norton & Company, 1991. La Enmienda Novena, en otro supuesto, es una regla que habría estado destinada a permitir la alteración de la estructura de gobierno mediante la convención constitucional, de modo tal que el actual fundamento en ella del derecho a la privacidad es un anacronismo (pág. 1209).

¹³⁵The Bill ... pág. 103. Sobre el paso desde una concepción popular de la interpretación del derecho por los jurados hacia la conformación de un conjunto exclusivo de jueces expertos en declarar la invalidez de las leyes ver Jack N. Rakove, *The Origins of Judicial Review: A Plea for New Contexts*, 49 *Stanford Law Review* 1031, 1060 (1997)

¹³⁶Adrian Vermeule y Ernest A. Young, Hercules, Herbert, and Amar: the trouble with intratextualism. 113 *Harvard Law Review* 730 (2000).

¹³⁷*The tempting of America. The political seduction of the law*, New York, Simon & Schuster, 1991, pág. 4.

Desde esta perspectiva, la idea de Weschler focalizada en unos magistrados que dictan sentencias basadas en principios es un error. Los jueces no pueden crear valores, sólo deben implementar aquellos valores insertos en la constitución. Las decisiones se encuentran, por lo tanto, controladas por principios exteriores a la voluntad de los ministros de la Corte que deben mantenerse cercanos al texto constitucional sin que se hallen facultados para crear nuevos derechos. Sus propios valores sólo conducen a crear una base inadecuada que deriva en la supremacía judicial (*judicial supremacy*). La conclusión que se deriva de ello es que las cortes deben aceptar cualquier elección valorativa de las legislaturas a menos que estas valoraciones vayan claramente en contra de la elección que habían hecho los creadores del texto constitucional.¹³⁸

El significado de la regla se encuentra en el sentido del texto legal como era entendido al momento de su sanción.¹³⁹ La búsqueda no requiere llegar a la intención subjetiva. Lo que cuenta es, en verdad, lo que el público entendió en ese momento porque la ley es un acto público. No es más que el significado que los legisladores entendieron haber querido decir. La filosofía de la comprensión original es capaz de suministrar neutralidad en la derivación, definición y aplicación de principios.

La vinculación a la ley es, además, una ligazón con los principios insertados en el texto constitucional o legal. El juez -en la teoría ortodoxa americana- no hace justicia, sólo administra justicia de acuerdo con la ley y la herejía implica que el entendimiento original de los ratificadores de la constitución respecto de lo que ella significa carece de importancia en la actualidad. La libertad de los jueces lleva, asimismo, a que la defensa legal de los resultados políticos sea endosada a las cortes cuando, en verdad, ese es un cometido que corresponde al pueblo o a sus representantes.

Ahora bien, esa herejía sólo es posible porque existen minorías que no pueden obtener resultados electorales apreciables y se encuentran beneficiadas por su intrusión en la esfera judicial para llegar a decisiones políticas favorables. Para ello resulta extremadamente útil el cambio de terminología respecto a lo que es verdaderamente derecho. La sentencia en *Dred Scott*, por ejemplo, implicó que Taney considerara que la propiedad de esclavos era un derecho constitucional porque estaba apasionadamente convencido de que era tal y no porque ese derecho se encontrara en la constitución misma.¹⁴⁰ Ejemplos similares de una *revisión judicial* basada en el pensamiento de los Justices más que en el texto pueden hallarse a lo largo de la jurisprudencia de la Corte. Así la formulación de la nota 4 de *Carolene Products* respecto a las minorías discretas e insulares sólo importó una proclamación de que los jueces iban a leer en la constitución sus simpatías subjetivas y sus preferencias sociales.

No obstante aquí -y en similares decisiones- surge un problema cual es el hecho de que cuando los magistrados empiezan a usar sus propias nociones de razonabilidad respecto a la raza no pueden sino terminar legislando acerca de sus propias perspectivas. Cuando

¹³⁸ Neutral principles and some First Amendment problems, 47 *Indiana Law Journal* 1 (1971).

¹³⁹ Ob. cit. pág. 143 y sigtes.

¹⁴⁰ Ob. cit., pág. 31.

el juez asume el poder de decidir cuáles distinciones existentes en una ley son legítimas, asume, al mismo tiempo, el poder de desechar cualquier legislación porque toda ley hace distinciones.

Brown es, definitivamente, el paradigma de esta actividad política de la Corte que, además, permitió su propia legitimación al haberse admitido por la universalidad del pueblo americano que la desegregación racial por la vía judicial había sido una decisión correcta. El problema es, para Bork, que la constitución no daba un fundamento suficiente para llegar a ese resultado. Ello importa, en realidad, el abandono de la intención de los legisladores que participaron en la formación de la ley con lo que la corte debe dedicarse a legislar.¹⁴¹ Esta actividad se agrava por el hecho de que la corte tendió después a extender su vocación de cambiar a la constitución a modificar las leyes ordinarias desde su posición política. La conclusión de esa actividad llegó con *Roe v. Wade* donde, según Bork, se llegó al "más grande ejemplo y símbolo de la usurpación judicial de las prerrogativas democráticas en este siglo."¹⁴²

La moralidad de la democracia -como se admitió en *Bowers v. Hardwick*-¹⁴³ es despreciada en esta actividad de *revisión judicial* que deniega a sus representantes esta opción a la vez que autoriza a los magistrados a imponer las bases de su propia moralidad. La imposición de estas bases morales es muy grave para Bork porque cuando la Corte se apartó de la comprensión del sentido original de los principios constitucionales siempre se ha legislado en favor de la agenda *liberal* (*modern liberal agenda*) y nunca en favor de las posiciones conservadoras.

La *revisión judicial* como enfrentada a la tradición democrática se asienta en una base filosófica formada por académicos que construyen teorías para influenciar a las decisiones de las cortes.¹⁴⁴ El derecho se convierte en campo de batalla porque sirve para insertarse en la cultura mediante su influencia educativa y simbólica y con la característica de que, en este caso, no es necesario que tomen el control de la maquinaria del estado.

Desde la posición de Bork, la búsqueda de la intención original brinda una solución al problema de la falta de acuerdo moral entre los integrantes de las sociedades modernas. Ante este dilema los teóricos proponen esquemas racionalizados de sus propias preferencias que llevarían al relativismo moral. El planteo del originalismo se asienta en que la inexistencia de una jerarquía moral sólo puede permitir que el juez tenga en cuenta lo que la mayoría sostenga por las vías democráticas. El desacuerdo sobre los principios morales convoca a que las cuestiones sean sometidas al voto de modo que sea la mayoría moral la que debe prevalecer.

Si para Bork la cuestión central del conflicto de la relación entre *revisión judicial* y democracia se encuentra en la cooptación de la corte por la política; para Scalia el conflicto se halla en que la corte con su apartamiento del texto original ha permitido la

¹⁴¹Bork destaca (ver pág. 81) que la corte legisferante no puede encontrar los principios neutrales que requería Weschler porque el tribunal carece de la facultad de desempeñar coherentemente los dos poderes de gobierno.

¹⁴²Ob. cit. pág. 116.

¹⁴³478 US 186 (1986)

¹⁴⁴Ob. cit. pág. 133 y sigtes.

distorsión del correcto funcionamiento del poder judicial y en particular de la peculiar labor del magistrado en el sistema del *common law*.

La perspectiva de este autor surge de su concepto de originalismo¹⁴⁵ en la interpretación constitucional que supone tener en cuenta esencialmente el significado original del texto constitucional que se opone al no originalismo que implica una suerte de acuerdo o consenso en cuando al modo en que debe ser considerada la constitución. Ante esta diada, Scalia afirma que el principal e irreparable defecto del no originalismo es la imposibilidad de alcanzar algún consenso con qué reemplazar, precisamente, el significado original de la constitución una vez que ha sido abandonado este criterio. El abandono del texto autoritativo lleva a que no se pueda alcanzar en la interpretación constitucional un sentido de autoevidencia que pueda sustituir al texto original.

Scalia considera que el problema esencial en la labor de *revisión judicial* es que existe una tradición del *common law* que considera que el juez crea continuamente el derecho. La decisión de ese tipo de jueces no se sostiene en el texto legislativo escrito o en la remisión a los manuales de doctrina, sino que se vincula y sostiene en la cadena de las opiniones judiciales que lo han precedido en esas tareas.¹⁴⁶ La labor del magistrado no enfrentaba serios problemas de coherencia con el resto del sistema político hasta la invención del moderno sistema democrático

Existe en la postura de Scalia una profunda tensión entre el reconocimiento del procedimiento del *common law* con el mandato democrático que reconoce que la fuente esencial de todo el derecho es el pueblo de los Estados Unidos de América.¹⁴⁷ Ese conflicto se especifica, por decirlo de alguna manera, en cada decisión concreta de un magistrado del *common law* que se pregunta cuál es el resultado más deseable en el caso y cuál es la forma más adecuada de alcanzarlo. Desde esa perspectiva el juez sólo tomaría a la constitución como una mera línea directriz para desarrollar los principios esenciales del *common law* acerca de derechos tales como la libertad de expresión o el derecho a la privacidad.

Scalia sostiene que esto es inadmisibile porque derrota todo el propósito que se encuentra ínsito en la existencia de una constitución escrita. El procedimiento que se debe utilizar en estos casos es la lectura del texto y, en defecto de ello, la búsqueda de una intento objetivizado que es el propósito (*intent*) que cualquier persona razonable podría reunir del texto de la ley, ubicado en la estructura del resto del sistema jurídico. El procedimiento de interpretación judicial debe buscar, pues, lo que el legislador dijo y no lo que el legislador quiso significar porque esto último es incompatible con el sistema democrático. Es la ley la que gobierna y no el propósito del legislador. Este procedimiento es el *textualismo*.

¹⁴⁵Originalism, the Lesser Evil, 57 *U. Cincinnati Law Review*, 862 (1989)

¹⁴⁶Para lo siguiente ver Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation*,. *Federal courts and the law*, Princeton, Princeton University Press, 1997.

¹⁴⁷Existe también otra tensión en Scalia -que no examinaré ahora- entre su remisión al sentido original del texto y su rechazo al examen de los antecedentes legislativos, lo que surge probablemente de su desconfianza del modo en que los jueces pueden utilizar estos antecedentes en perjuicio del texto mismo (conf. Robert Post, Justice por Scalia, *New York Review of Books*, 11 de junio de 1998).

51
BIBLIOTECA
UNIVERSIDAD DE VALPARAISO

Sin embargo, la búsqueda de interpretación del juez no es ilimitada porque tampoco es compatible con la teoría democrática que las leyes signifiquen lo que deberían significar, o -lo que es peor- lo que jueces no elegidos por el pueblo decidan qué es lo que ellas deben significar.¹⁴⁸ El textualista no es un literalista, pero lo esencial sería comprender que existe un limitado rango de significado de las palabras y que no es permisible apartarse injustificadamente del texto.

La labor de interpretación del juez encuentra un mayor obstáculo cuando se enfrenta a la interpretación constitucional porque en estos casos los principios habituales de hermenéutica son aplicados a un texto inusual. De todos modos, el contexto en que se creó la constitución sigue sirviendo para el proceso de interpretación. El problema se centra, en realidad, entre aquellos -como Scalia- que entienden que la interpretación constitucional debe recurrir al significado original -sea el emitido por los *Framers*, sea el sentido objetivo- y entre aquellos otros que entienden que la distinción debe darse entre el sentido original y el sentido actual del texto que se puede catalogar bajo la etiqueta de la "constitución viviente". Ese tipo de constitución debe adaptarse a las cambiantes necesidades del momento y ese giro interpretativo lo determinan los jueces.

Ahora bien, el hecho de considerar que es necesario tener en cuenta los standards de evolución de las costumbres es un método apropiado para la intervención del juez del *common law*, pero no lo es para el magistrado que interpreta un texto adoptado democráticamente. En efecto, este concepto de la evolución de los términos de la constitución podría tener algún sustento, afirma Scalia, si su objetivo consistiera en la eliminación de las restricciones al gobierno democráticos. Sin embargo, la inserción de ese procedimiento en la interpretación judicial ha llevado precisamente a lo contrario porque la jurisprudencia de la corte en la interpretación de la constitución viviente impuso un nuevo conjunto de restricciones sobre la acción administrativa, legislativa y judicial.¹⁴⁹ Ese tipo de interpretación, por la vía judicial, ha producido un grado de menor flexibilidad en el gobierno de modo que se llegaría a la paradoja en el sentido de que se ha impedido el verdadero cambio social.

El procedimiento de *revisión judicial* en el ámbito constitucional encuentra otra dificultad. En efecto, la tendencia de los jueces modernos a formular reglas generales en la interpretación constitucional pasa por alto que los magistrados se encuentran imposibilitados, por lo general, de producir reglas claras y definidas porque no pueden crearlas *ex nihilo* ya que en la base de toda su actividad se encuentra el texto de la constitución misma.¹⁵⁰ Este aspecto es decisivo en el procedimiento de *revisión judicial* porque la teoría de la *constitución viviente* concluye en que la constitución es un texto cualificado que significa lo que debe significar y no lo que dice su texto. Por ende, su significado resultará no de la letra de la constitución, sino de datos externos a ella tales como la imparcialidad, el buen juicio y la destreza de aquellos jueces que deben interpretarla. La unión entre los teóricos y los jueces con esta concepción moderna se

¹⁴⁸Ob. cit. pág. 22.

¹⁴⁹Sobre los errores de la Corte en adoptar el partido "democrático" pueden advertirse también las consideraciones formuladas por Jackson en su prólogo a *The struggle for judicial supremacy*... pág. X.

¹⁵⁰*The Rule of law as a Law of Rules*, 56 *The University of Chicago Law Review* 1175, 1182 (1989).

consume totalmente porque los primeros irán en búsqueda de los segundos para concluir que la constitución es lo que las teorías morales de turno consideran que debe significar en el contexto actual.

IX.G La *revisión judicial* a la luz del *common law*: Strauss, Kronman y Fallon.

David Strauss¹⁵¹ sugiere una salida a la alternativa entre *textualismo* y fundamentalismo de valores que consiste en una interpretación construida a la luz del procedimiento del *common law*. En este sentido, la propuesta se centra en la construcción de un método que busca evitar tanto el apego al texto como la idea de que el juez puede recurrir a cualquier solución para dar fundamento a los propios valores.

Este planteo tiene en cuenta que, en realidad, el análisis del texto constitucional juega un rol pequeño en la interpretación de los magistrados, de modo que se ha configurado una doctrina judicial muy similar a la que se ha edificado durante siglos en el *common law*. Esta doctrina de los jueces de la Corte suprema es similar a la que se encuentra en los jueces ordinarios como doctrina autoritativa que permite la restricción a la libre discreción de los jueces.

La objeción que surge respecto a esta posición es que el *common law* nada tiene que ver con una constitución escrita que ha sido impuesta mediante una decisión del pueblo soberano. Frente a ello, Strauss opone que la constitución ha comenzado desde hace tiempo a formar parte de un sistema evolucionario similar al del *common law* que no guarda una relación estricta con el supuesto acto autoritativo que es la constitución escrita. A partir de esta posición, la labor del juez no se asemeja al rol de un magistrado en el análisis de un texto legislativo ordinario emanado del Congreso; por el contrario, su actividad de examen de la doctrina construida por la Corte se asemeja a la del juez del *common law* en la interpretación de precedentes. La distinción no se centra, pues, entre constitución escrita y no escrita, sino más bien en la existencia de una tradición firme de interpretación constitucional -escrita como en Estados Unidos o no escrita como en Gran Bretaña- y otra tradición no firme como puede darse en los países de América Latina.

La tradición del *common law* tiene dos componentes principales. El primero de ellos es una perspectiva tradicionalista que supone que el juez debe ser muy estricto en rechazar los juicios efectuados por el pueblo que, durante largos lapsos, ha actuado reflexivamente y de buena fe. Importa, en cierto grado, una desconfianza hacia los métodos usados por la razón pura o, como se señala actualmente, contra el concepto de la racionalidad limitada. Esta continuación de los precedentes no se parece a la teoría de la integridad de Dworkin quien entiende que en esa integridad es posible encontrar un valor independiente. La postura del *common law* sólo sostiene una suerte de postura empírica que afirma que el magistrado debe pensar dos veces antes de reformar lo ya hecho por la tradición judicial.

¹⁵¹Common law Constitutional Interpretation, 63 *University of Chicago Law Review* 877 (1996).

El segundo componente del *common law* es el convencionalismo que afirma, en lo esencial, que una generalización que implica que lo más importante es que algunas cosas hayan sido establecidas que el hecho de que sean establecidas correctamente. Estima apropiado considerar que se conforme una especie de consenso solapado que establece reglas para evitar la reiteración del trabajo judicial con el evidente dispendio de actividad procesal con los costos consiguientes. Esta idea del *common law* busca evitar el tratamiento de caso por caso con el objeto de resolver las controversias con una fricción mínima.

Ambos componentes servirían, en la interpretación constitucional, para superar las dificultades que surgen de la hermenéutica del texto, de la inquisición acerca de la búsqueda de la intención de los *Framers*, la validez de ciertos juicios morales y permite, a la vez, superar los obstáculos que se pueden hallar en la evidente existencia de reformas no legales que se han operado en la doctrina constitucional.

La teoría de Strauss concluye que la interpretación constitucional por la vía del *common law* es la mejor solución que puede hallarse para el enfrentamiento entre el procedimiento de *revisión judicial* y la democracia. En efecto, el problema de la *revisión judicial* es que no encuentra freno en el cuestionamiento a las decisiones mayoritarias estructuradas en la ley cuestionada. El *common law* ha construido un proceso altamente perfeccionado de precedentes y de reglas que durante siglos ha restringido la actividad de los jueces a límites estrictamente necesarios.

En este sentido la propuesta del *common law* sería mucho más "democrática" que la visión del textualismo que sólo busca inquirir acerca de la voluntad popular expresada en la Constitución de 1787. La actitud verdaderamente democrática de los jueces consiste en mantener la voluntad del pueblo a lo largo del tiempo. El constitucionalismo del *common law* propone que los magistrados se atengan a los principios desarrollados en el curso de la historia americanay, en lo fundamental, que subsiste en estos casos la idea de que no parece verosímil que la tarea de los jueces se aparte de lo que el pueblo considera como durable en la sociedad. El *common law* actúa así como un contrapeso a los excesos de la democracia.

Esta propuesta también resulta válida en la relación entre *revisión judicial* y democracia porque los jueces poseen mecanismos para no tener que adherirse a los deseos cambiantes del pueblo. Esos mecanismos se traducen en métodos legales de razonamiento peculiares al desarrollo de la actividad judicial que dan, además, justificación al hecho de que sean estos especialistas quienes deben intervenir en casos de interpretación constitucional y no los legisladores u otros participantes no especialistas.

Esta perspectiva de la interpretación constitucional a la luz del *common law* como instrumento útil para superar las divergencias entre la *revisión judicial* y la democracia tiene, en realidad, una fuente independiente de las posiciones originalistas (Scalia), dualistas (Ackerman y democracia deliberativa) y fundamentalistas (Dworkin). En efecto, esta concepción procura -concientemente- alejarse tanto de la postura textual autoritativa de la remisión al texto original como de la idea de que existe un universo moral abstracto en el cual el magistrado puede encontrar un repositorio de valores para superar las dificultades del proceso de *revisión judicial*. Por otro lado, no busca una solución pragmática en la búsqueda de instrumentos políticamente útiles ni procura remitirse a un proceso de discusión pública que elabora o transforma los valores

públicos. La teoría de la interpretación a través del precedente supone una idea difícil de concebir en el mundo actual cual es el respeto al pasado por sí mismo.

Los planteos esenciales de esta concepción han sido formulados por Anthony T. Kronman en su artículo *Precedent and Tradition*¹⁵² en donde plantea que la concepción del *stare decisis* es un rasgo del derecho angloamericano que supone que los jueces y abogados encuentran en el seguimiento de precedente una fuente de información y de valores. No se trata de considerar que ese método es bueno por su equidad al tratar de considerar casos nuevos tal como han sido considerados casos anteriores o por razones de predictibilidad o por motivos tales como la economía en recurrir a decisiones anteriores para evitar el costo de considerar en cada juicio un argumento novedoso. Estos argumentos utilitarios o deontológicos no son los que sostienen el sistema de precedente. La base del sistema de precedentes consiste en una perspectiva de orden superior cual es el considerar que se debe respetar el pasado por sí mismo porque él es constitutivo del mundo de cultura que el hombre ha heredado.

El mismo Kronman postula que ello supone un rechazo al proceso de racionalización en que se ha formado el mundo moderno desde la Revolución Francesa.¹⁵³ La revalorización del sistema del precedente se encauza en una corriente que supone el rechazo del racionalismo en la política y el redireccionamiento de la actividad judicial en una posición de protección de la virtud de la prudencia¹⁵⁴ frente a pretensiones abstractas y universalizadoras que soslayan la importancia del tiempo en la configuración de la naturaleza humana.¹⁵⁵

La concepción prudencial de la *revisión judicial* enfrentada al problema contramayoritario se puede ponderar en el modo en que Kronman examina las tesis de Bickel.¹⁵⁶ El fundamento de la *revisión judicial* frente a las decisiones de los poderes mayoritarios no se encuentra sustentado meramente en la posibilidad de que los magistrados funden sus decisiones en principios o en el hecho de que se encuentren profesionalmente preparados para llegar al dictado de sentencias basadas en fundamentos que van más allá del principio de la conveniencia política. Tampoco se sustenta en cuestiones de autorrestricción judicial o en la estructuración de las virtudes pasivas de la Corte mediante procedimientos procesales o de orden político tendientes a evitar la intrusión en el mundo de la deliberación política.

¹⁵²99 *The Yale Law Journal* 1029 (1990).

¹⁵³Se basa en Max Weber, *Economía y Sociedad*, México, F.C.E., 1993. Para una perspectiva distinta sobre la visión universalizadora de los *Philosophes* ver la postura de Stuart Mill en su ensayo sobre Coleridge (John Stuart Mill and Jeremy Bentham, *Utilitarianism and other essays*, Alan Ryan ed., Londres, Penguin, 1987, pág. 197).

¹⁵⁴La fuente principal de la teoría de Kronman sobre el valor de la prudencia en el ámbito político se encuentra en el trabajo de *El racionalismo en la política* de Michel Oakeshott (México, F.C.E., 2000, pág. 22 a 77).

¹⁵⁵También Charles Fried destaca la importancia del tiempo en la formación de una teoría constitucional en su artículo *Constitutional doctrine*, 107 *Harvard Law Review*, 1140 (1994).

¹⁵⁶Alexander Bickel's *Philosophy of Prudence*, 94 *The Yale Law Journal* 1567 (1985).

Para Kronman toda la teoría jurídica de Bickel se estructura desde sus trabajos originales hasta sus textos finales una columna vertebral cual es una *filosofía de la prudencia* que procura evitar el dictado de sentencias sustentadas en principios que redundarían, finalmente, en una dictadura de la corrección que no tiene en cuenta las complejidades del mundo político. El sistema político americano no se basa únicamente en la legitimidad de la *revisión judicial* sino también en un principio de gobierno por consenso que está edificado, fundamentalmente, alrededor de los procesos electorales.

Ahora bien, el ejercicio de la *revisión judicial* no consiste sólo en una técnica. Requiere un arte que es una forma de sabiduría que se vincula, además, con una tradición moral. El valor del principio al que acude la Corte en ese proceso de control de la legislación ordinaria se basa, entonces, en el mantenimiento de esa tradición aunada a una especie de aspiración dirigida a educar a la ciudadanía. Los integrantes de la Corte Suprema deben ser más que expertos; deben, en resumidas cuentas, ejercer la prudencia como una forma distintiva de la sabiduría con ciertos rasgos de paciencia, deferencia hacia los cuerpos políticos y un peculiar sentido de situación, a punto tal que Kronman estima -en el análisis de la teoría de Bickel- que la prudencia es la virtud judicial distintiva que deben poseer los integrantes de la Corte Suprema.¹⁵⁷

Por su parte Richard Fallon¹⁵⁸ examina la relación entre *revisión judicial* y democracia y pone el énfasis en el primero de ambos términos y en particular en su inherente relación con el sistema angloamericano del *stare decisis*.

En este sentido, la misión principal de la Corte Suprema es implementar la constitución y en esta misión se encuentra autorizada a deferir o dilatar sus decisiones hacia el poder legislativo cuando exista un desacuerdo razonable relevante en la sociedad. La presencia de este desacuerdo razonable convoca también a que la corte debe hablar como una institución del sistema de gobierno americano y no como una pluralidad de las opiniones personales de sus jueces.

Este desacuerdo razonable da fundamento al concepto del *stare decisis* en cuanto se estima que una decisión de la Corte era razonable aunque no fuera el óptimo y se convierte -en este orden de ideas- en un punto focal para la resolución coordinada de los jueces de la corte suprema.

Dadas estas características, la idea de la *revisión judicial* implica tanto a la actividad de los jueces en la implementación de la constitución como una tarea que incluye a funcionarios que no están en la corte y que requieren de un mutuo proceso de acomodación y deferencia. La justificación pragmática de esa tarea de las cortes se halla en que, ante la existencia de ese desacuerdo razonable, resulta necesario investir de responsabilidad a una institución no mayoritaria para que dé una decisión constitucional no deferencial (*nondeferential*) hacia los otros poderes, con la esperanza de alcanzar una mejor determinación del principio constitucional y una más precisa implementación

¹⁵⁷Una crítica a la visión de Kronman con un resumen de los métodos usados por la corte suprema norteamericana para amoldar la tradición a sus necesidades, ver Rebeca I. Brown, Tradition and Insight, 103 *The Yale Law Journal* 177 (1993).

¹⁵⁸Fallon, Richard: Implementing the Constitution 111 *Harvard Law Review* 54 (1997).

constitucional que difícilmente podría obtenerse razonablemente en otros órganos responsables directamente ante el electorado.¹⁵⁹

El fundamento subyacente a esta actividad judicial es que sus fallos deben basarse en valores vistos como compartidos y en defecto de ello debería mantenerse la decisión correspondiente a las legislaturas (como en rechazo a dictar una decisión sobre el derecho a morir). Subsiste aquí también la necesidad de que los magistrados se atengan a la razonable perspectiva de los otros y no a sus juicios personales. No se trata exclusivamente de llegar a la verdad acerca del significado de la constitución, sino de participar en un proyecto necesariamente cooperativo de implementación de la constitución,¹⁶⁰ considerando el clima político y social y el relativo consenso existente respecto de los valores fundamentales insertados en la discusión.

Este proyecto requiere, entonces, que los jueces se apeguen a una especie de fidelidad debida a un proyecto colectivo de implementación de la constitución para mantener doctrinas razonablemente estables, a la vez que imponen una senda doctrinal para el futuro.

La base del *stare decisis* en la interpretación constitucional ha sido reafirmada en un trabajo reciente por Fallon¹⁶¹ donde considera que el régimen de precedentes se origina en la doctrina del *common law* que se extendió a la interpretación constitucional. Es más, llega a sostener que cuando una práctica razonable -como es el régimen de precedentes- puede ser vista como congruente con el lenguaje de la constitución es posible, y a menudo apropiado, decir que los argumentos contrarios basados en el entendimiento original y sobre la estructura constitucional misma carecen de la fuerza probatoria necesaria para superar esos principios.¹⁶² Se suma que ese procedimiento sirve para evitar que el tribunal reconsidere en cada caso, con un dispendio innecesario, los fundamentos constitucionales que deberían aplicarse para resolver la situación traída a juicio. De todos modos, la relación entre la *revisión judicial* por parte de un cuerpo relativamente aislado de la voluntad popular como es la corte con la decisión mayoritaria no surgen claramente expresados en esta relación.¹⁶³

Sólo se consignan argumentos de estabilidad o razonabilidad en la regla del seguimiento de precedentes y el hecho de que la constitución basa su legitimidad en la aceptación amplia y en la justicia razonable de sus sentencias con el agregado de promueve su reconciliación con la constitución escrita. El *stare decisis* se convierte -en estas

¹⁵⁹Ob. cit. pág. 141.

¹⁶⁰Ob. cit. pág. 148.

¹⁶¹*Stare decisis* and the Constitution: an essay of constitutional methodology, 76 *New York University Law Review*, 570 (2001).

¹⁶²Ob. cit. pág. 582.

¹⁶³La vinculación del proceso de *revisión judicial* con la democracia -según Fallon- es un aspecto del *rule of law* anglosajón que se daría, sobre todo, en una perspectiva historicista que busca la comprensión del texto original más que en las visiones formalista, del proceso legal y de un ideal substantivo basado en valores ("The Rule of law" as a concept in constitutional discourse 97 *Columbia Law Review* 1 (1997).

condiciones- en una política de orden constitucional que no resulta susceptible de ser modificada por el Congreso porque ello llevaría, de algún modo, a poner en duda la autoridad del procedimiento de *revisión judicial* desde sus inicios en el caso *Marbury v. Madison*.¹⁶⁴

IX.H. Fiss y los valores constitucionales.

La tesis central de la postura de Fiss es que la función esencial y característica de los jueces es implementar los valores que se encuentran en la constitución y no la resolución de cuestiones privadas bajo un criterio de justicia del caso concreto.

La constitución norteamericana establece una estructura de gobierno e identifica los valores que dan forma y limitan esta estructura gubernamental. Estos valores son ambiguos y el objeto fundamental de la decisión judicial (*adjudication*) es el proceso social mediante el cual los jueces dan significado a los valores públicos y dentro de este tipo de decisiones se encuentran la reforma estructural de los jueces que se particulariza en el carácter constitucional de ciertos valores públicos. Un ejemplo de este tipo de actividad judicial es el proceso de desegregación racial originado en *Brown*.

Un modo de intervención judicial fue el originado en la nota 4 de *Carolene Products* que, sin embargo, no resultaba suficiente para hacer frente a las grandes organizaciones burocráticas con las que se enfrenta el ciudadano medio y sólo es posible instrumentar ese procedimiento al precio de la incoherencia porque requerirá procedimientos de acomodación para incorporar cualquier tipo de agravios en el modelo de las minorías insulares.

La idea de Fiss es que la adjudicación judicial no puede estar limitada a los supuestos de defectos legislativos. Es más, el problema central es que las legislaturas no dirigen su tarea a dar significación a los valores públicos, sino a tomar en cuenta las preferencias populares existentes en determinado momento. Ahora bien, la actividad de los magistrados se sustenta en la definición del oficio (*office*)¹⁶⁵ que desempeñan y a través del cual ejercitan su poder y no en ciertos rasgos personales o en el mero conocimiento de la ley.

La función del juez se asienta en su obligación de participar en un diálogo acerca del significado de los valores públicos a través de los cuales este significado es revelado o elaborado. Aquí surge la fundamentación de Fiss para justificar el proceso de *revisión judicial*, pues su idea es que no existe una conexión discernible entre el mayoritarismo y el significado de un valor constitucional.¹⁶⁶ La función del juez

¹⁶⁴Christopher Peters procura unir el efecto vinculante del *stare decisis* con la idea en el sentido de que el juez futuro magistrado sólo se verá atado respecto de los litigantes que se encuentren en situación similar a las partes que *habían creado* el precedente, de modo el *common law* asegura la representación de intereses fomentando el sistema democrático (*Adjudication as representation* 97 *Columbia Law Review* 312 (1997)).

¹⁶⁵Existe una profunda similitud en la concepción de Fiss de la labor judicial y el concepto de *Beruf* en Lutero en el esquema utilizado por Max Weber, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Madrid, Ed. Península, 1976.

¹⁶⁶Foreword. pág. 15.

deberá atenerse a que éste puede actuar pero no por el contenido de su mensaje sino por el hecho particular de la cualidad del proceso y en particular por su capacidad para ubicarse en lugar distante y desvinculado de las partes y del cuerpo político mismo.

Ahora bien, la actividad fundamental del juez se configura a través de cierto tipo de proceso de reforma estructural mediante los cuales se permite la participación de personas ajenas a las mismas partes, tales como las agencias o el *amicus curiae*. Desde esta perspectiva, la concepción del autor es que las cortes -fundamentalmente en el derecho constitucional- existen para dar significado a los valores públicos y no para resolver las disputas (que es lo que se acerca a la labor de los árbitros).¹⁶⁷ Esta actividad se logra, en lo esencial, mediante la protección de la integridad de las normas públicas existentes o mediante el agregado de nuevas normas de amplia aplicación social.

Otro rasgo esencial de la actividad del magistrado -además del diálogo- es la independencia como un elemento crítico en el proceso que legitima la función judicial porque permite creer que los jueces pueden articular y elaborar el significado de los valores constitucionales con un apego a la realidad práctica en el dictado de las sentencias.

Fiss puntualiza que la adjudicación ha tenido esas características en la historia jurídica norteamericana, aunque lo novedoso es que en la actualidad el magistrado debe enfrentarse a organizaciones a gran escala. La legitimación del juez para enfrentarse a esta labor va más allá del consenso democrático, pues este consenso sólo alcanza a todo el sistema democrático considerado en su conjunto y no necesariamente a cada una de sus instituciones, de modo que la justificación de la actividad judicial se asienta más bien en su competencia, esto es en su especial contribución que hacen a la cualidad de la vida social.

Con estas condiciones, la actividad judicial en ciertos aspectos -como por ejemplo la reconstrucción de un sistema escolar o de cualquier burocracia- requiere el manejo de contenidos estructurales que van más allá de la contienda entre particulares y para la cual se necesita que se incorporen la mayor cantidad de participantes que podrán ser eventualmente afectados por su decisión. El objetivo de la actividad será, entonces, remover los obstáculos planteados por estas grandes organizaciones a los valores constitucionales.

El planteo concreto de esta posición se puede advertir también en el análisis de un fallo de la Corte Suprema como *Buckley v. Valeo*.¹⁶⁸ Fiss destaca las dificultades de examinar este precedente en términos puramente procedimentales; requiere, más bien, que la Corte -para sustentar su legitimación- debe actuar para el propósito de proteger principios constitucionales legítimos aunque la ley sujeta a invalidación refleje un sentimiento popular genuino.¹⁶⁹ La mayoría de los constitucionalistas no pueden encontrar serios defectos de justificación en *Buckley*, a pesar de lo cual Fiss cuestiona

¹⁶⁷La visión del proceso en términos de disputa-resolución implicaría trivializar la función judicial para hacerla similar a una mera solución de disputas privadas (Fiss, *Contra el acuerdo extrajudicial*, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 3, n° 1, 1998, pág. 66.

¹⁶⁸424 U.S. 1 (1976).

¹⁶⁹*Money and Politics* 97 *Columbia Law Review* 2470, 2476 (1997).

esa solución porque el dinero es, en algún modo, expresión y las reglas de esa expresión se encuentran sometidas a los preceptos de la Primera Enmienda. La idea es que la Corte debe tratar de asegurar un debate libre y abierto sobre materias de importancia pública.

De todo ello, la idea que resulta es que existían principios constitucionales que debieron haber llevado al tribunal a imponer límites a los gastos electorales con el objetivo de colocar en paridad de condiciones a pobres y ricos. Por consiguiente, la labor de la corte tendría que haber considerado estas circunstancias para fortalecer las aspiraciones democráticas de la Primera Enmienda.

Ello se ve claramente ejemplificado en el modo en que la corte suprema americana puede dar significado al valor público de la libertad de expresión.¹⁷⁰ Habitualmente la Primera Enmienda es concebida a la luz de un mero derecho de autoexpresión¹⁷¹ cuyo contravalor se encontraría en la actitud del Estado que trata de impedir su ejercicio en ciertas circunstancias. Fiss sostiene que esta perspectiva es demasiado simplista y que corresponde a los jueces dar un alcance más amplio a esa garantía de modo que permita establecer las precondiciones esenciales para el gobierno colectivo de modo que todos los puntos de vista sean expuestos al público.

A la luz de esta consideración, el Estado puede actuar en favor de la libertad de expresión favoreciendo -mediante el pago de fondos o la restricción de los gastos electorales- la formulación de opiniones que podrían verse restringidas por la prevalecencia de los puntos de vista de los más poderosos. La justicia debería intervenir para favorecer que la elección pública de los gobernantes se haga con toda la información posible y en condiciones adecuadas de reflexión. Por consiguiente, fallos como *R.A.V. v. St. Paul*¹⁷² -en que se cuestionaba la constitucionalidad de una norma que había llevado a la punición de un hombre que había quemado una cruz en el jardín de una familia negra- no habrían dado verdadero respaldo a este significado de la Primera Enmienda pues se habrían atenido a declarar la invalidez en abstracto de una ley de acuerdo con un sentido restrictivo de la libertad de expresión cual es la protección de los intereses autoexpresivos sin tener en cuenta la relación entre dicha Enmienda y la democracia.

IX. I La escuela de los estudios críticos del derecho y la *revisión judicial*.

La escuela de los estudios críticos del derecho o teoría crítica del derecho (*Critical Legal Studies*) no tiene una doctrina unificada sobre la *revisión judicial* y la democracia. A los fines de la presente exposición, tendré en cuenta fundamentalmente las tesis de Duncan Kennedy¹⁷³ -que postulan una visión extrema de la crítica- aunque también

¹⁷⁰ *La ironía de la libertad de expresión*, Madrid, Ed. Gedisa, 1999, págs. 30 y sigtes.

¹⁷¹ Sobre la importancia de la expresividad en el pensamiento moderno ver Charles Taylor, *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, Barcelona, Ed. Paidós, 1996.

¹⁷² 505 U. S. 377 (1992).

¹⁷³ Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Cambridge, Harvard University Press, 2a. Ed. 1998, pág. 14.

utilizaré algunos de los planteos de Balkin que ha procurado dar una explicación más estructurada de esta escuela.

Kennedy cuestiona la base misma del sistema jurídico americano -la idea del *rule of law*- porque ese concepto, además de no ser absoluto, sirvió para enmascarar la aplicación de los poderes del Estado con el objeto de favorecer a ciertos grupos en perjuicio de otros y para que los jueces desarrollen sus proyectos ideológicos. El problema de la actividad judicial en Estados Unidos es que, a diferencia de lo que ocurre en Europa, los jueces juegan un papel más amplio en la vida política del país, de modo que la configuración del *rule of law* ha sido un continuo centro de debate entre liberales y conservadores. Asimismo, la actividad de los jueces resulta fundamental para la nacionalidad norteamericana porque la religión cívica común del derecho ha evitado que una sociedad heterogénea caiga en estado de descomposición.

A partir de esta teoría, Kennedy señala que el procedimiento de *revisión judicial* de los magistrados americanos ha generado una especie de pesadilla en la perspectiva de la decisión judicial en el sentido de que cualquier idea en el sentido de que el juez podrá examinar el derecho desde una posición neutral e imparcial se encuentra condenada desde un comienzo.¹⁷⁴ Sin embargo, el procedimiento de *revisión judicial* -típico de los jueces americanos- no se sostiene sobre un sistema coherente, sino sobre una yuxtaposición histórica contingente de tres factores: el interés ideológico de los jueces en la actividad judicial ha sido importante en los niveles federal y estatal, la relativa escasez de los recursos de la tradición legal frente a los problemas legales nuevos y la cambiante simpatía política de los jueces en el curso del siglo.¹⁷⁵

En este sentido, el estudio de Kennedy es particularmente cínico, pues pone de relieve la diferente posición asumida por liberales y conservadores según las decisiones de la corte favorecieran o perjudicaran sus intereses ideológicos. Los liberales han cambiado sus posiciones desde una perspectiva fuertemente contraria a la posición conservadora de la legislación (período *New Deal*), a una teoría -como la actual- que procura mantener el sistema del precedente para evitar que los jueces conservadores alteren los fallos de las cortes liberales.

La doctrina constitucional ha producido así una peculiar situación en el análisis de la *revisión judicial* porque se ha conformado una crítica académica interna del razonamiento legal que no se pregunta si la decisión fue legalmente correcta. La inquisición de los modernos teóricos procura investigar cómo la decisión judicial en el caso o en lo abstracto puede ser diferente de la legislación existente.

Por otra parte, Kennedy cree que la *revisión judicial* de las leyes produce un resultado distinto del que operaría si tal control hubiera quedado restringida a cuerpos legislativos. Las consecuencias ideológicas de un proceso de *revisión judicial* se enfocan hacia la relativa menor importancia de las mayorías legislativas, el aumento de poder de fracciones legales de la *intelligentsia* para influenciar las cuestiones jurídicas y

¹⁷⁴La terminología de Kennedy alude aquí al conocido artículo de H.L. Hart, Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana. La pesadilla y el noble sueño en Casanovas, Pompeu y Moreso, José Juan (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Madrid, Crítica.

¹⁷⁵A critique... pág. 79.

el efecto legitimante existente en el procedimiento actual que se perdería en el caso de que se difiriera el control hacia las cámaras legislativas.¹⁷⁶ Asimismo, el control judicial llevaría a que las cuestiones controvertidas sean sometidas a un curso moderado de acción, a diferencia de lo que podría ocurrir en discusiones legislativas que podrían borrar de un plumazo grandes campos del derecho.

La teoría de Kennedy aporta poco más al procedimiento de *revisión judicial* al que examina, en particular, desde un punto de vista que estima que la importancia mayor se encuentra en el *substractum* ideológico que funda las decisiones de los magistrados de la Corte suprema más que en los fallos mismos. Las decisiones esenciales de ese tribunal sólo reflejan las cambiantes posiciones ideológicas de los jueces del tribunal que procuran rediseñar sus posturas ideológicas mediante el dictado de sentencias que se adecuan a las tendencias liberales y conservadoras de la sociedad americana.

Desde esa perspectiva, la actividad que despliega la Corte, importa desde la perspectiva de Mark Tushnet, se limita a cumplir un rol de republicanismo limitado en el cual, al mismo tiempo, protege los intereses de los mejor ubicados en la escala social y tutela, con cierto sentido de nobleza despectiva, a aquellos que se encuentran en situación de desventaja en el sistema económico, cuyo mejor ejemplo se encuentra en la jurisprudencia del tribunal sobre el aborto.¹⁷⁷ También se encuentra ese cometido inserto en una política mediante la cual se realiza una revisión modesta de los principios sentados por los ideales del *New Deal* y de la Gran Sociedad.

IX. J. La escuela del pragmatismo

Posner plantea la aplicación del pragmatismo al derecho entendiendo a aquél como como una perspectiva instrumentalista que está orientada hacia el futuro que procura desplegar el pensamiento como un arma para potenciar una acción más efectiva.¹⁷⁸ De ello se sigue que la supervivencia y el florecimiento de la Corte suprema depende de la aceptabilidad social de sus resultados más que de su adherencia a una esotérica filosofía de la interpretación.¹⁷⁹

La cuestión de la existencia de una constitución escrita no es un obstáculo para esta aplicación del pragmatismo. En efecto, el originalismo supone, erróneamente, que la lectura textual de la constitución es el único método válido para considerar un corpus escrito para lo cual es necesario atenerse a la intención primitiva de los *Framers*, con lo que se evita, además, el peligro de la excesiva discreción judicial. El problema del originalismo también se centra en una deficiente concepción de la relación entre jueces

¹⁷⁶Ob. cit., pág. 216.

¹⁷⁷The Supreme Court 1998 Term Foreword: The new constitutional order and the chastening of constitutional aspirations, 113 *Harvard Law Review* 26, 66, 1999

¹⁷⁸Richard A. Posner, *Overcoming Law*, Cambridge, Harvard University Press, 5a. Ed., 1998, pág. 12.

¹⁷⁹Ob. cit. pág. 243.

y democracia puesto que tiende a considerar que a ésta desde una posición que no se corresponde con la realidad de los modernos sistemas representativos en los cuales la voluntad popular se encuentra diluida entre los distintos poderes del gobierno.

El problema central del originalismo es que omite tomar en cuenta que no es posible examinar un contrato a largo plazo -como es la constitución- desde una posición meramente literal, pues ello impide la flexible interpretación del acuerdo original. No es posible, según Posner, soslayar este aspecto porque las teorías no pragmáticas olvidan que es necesario considerar las consecuencias de los fallos en la inevitable relación que debe existir entre los jueces y un documento autoritativo dictado hace más de dos siglos. A partir de esa posición y por más que se discutan los principios teóricos sobre los que reposaba *Brown*, lo único que resulta claro es que la desegregación es un elemento político aceptado por la generalidad de los ciudadanos norteamericanos.

Sin embargo, Posner no respalda el fundamentalismo moral de la *revisión judicial* al estilo de Dworkin porque esa posición también supone olvidar el pragmatismo sobre el que se asienta su teoría jurídica. Sostiene¹⁸⁰ que el *academicismo moral* que quiere invadir la teoría jurídica no tiene en cuenta que la moral es local, que muchos fenómenos morales pueden ser explicados sin recurrir a principios morales y que esos principios no mejorarían realmente al hombre. La creencia de Dworkin en el sentido de que la moralidad es una dimensión distinta e independiente de la experiencia humana y que es posible encontrar acuerdo sobre ello representa una solución imposible a menos que se admita que exista una moralidad superior al estilo de la visión tomista.

El aspecto decisivo de la crítica de Posner se centra, en este aspecto, en el problema que enfrentan los Estados Unidos -diferencia de lo que ocurre en Gran Bretaña donde el derecho es una disciplina autónoma- al haber intentado trasladar estas categorías morales al derecho. La idea de Dworkin es que los jueces deben ser filósofos morales cuando, en realidad, se presentan múltiples facetas del derecho que no guardan relación con los principios morales. A ello se agrega que cuerpos jurídicos tales como la Constitución o el Acta de Derechos Civiles de 1964 no han sido elaborados por filósofos, con lo que resulta inútil buscar filosofías principistas de orden moral en ellos. Por supuesto que muchas veces los jueces no encontrarán en los textos legales las soluciones necesarias, pero de ello no se sigue que deban buscarlas en la teoría moral.¹⁸¹

El problema esencial de los jueces en los casos difíciles no alcanza tampoco a ser resuelto por las teorías morales que no sirven para construir uniones ante la presencia de desacuerdos morales. La solución se halla muchas veces en estos casos de *revisión judicial* en la búsqueda e investigación de datos empíricos basados en aspectos psicológicos, históricos, sociológicos y económicos. Así la Corte Suprema ha recurrido a este tipo de datos para evitar pronunciarse sobre los casos de eutanasia que llegaron a su intervención.¹⁸² La solución se basó, pues, en que ese tipo de problemas puede ser

¹⁸⁰Richard. A. Posner, The problematics of moral and legal theory, 111 *Harvard Law Review* 1637 (1998).

¹⁸¹En este sentido Posner hace hincapié en la mayor influencia que habrían ejercido los empresarios morales (*moral entrepreneurs*) que los filósofos morales en el curso de la historia humana.

¹⁸²*Vacco c. Quill* 521 US 793 (1997) y *Washington v. Glucksberg* 521 US 702 (1997).

resuelto mejor por las legislaturas estatales mediante el desarrollo del proceso democrático y teniendo en cuenta, además, que las dificultades peculiares de estos casos pueden ser mejor decididas sin que sea necesario formular reglas legales como la Corte hizo en *Roe v. Wade*.

Pese a ello, Posner admite que existen casos en los cuales no es posible resolver sobre la interpretación textual ni sobre bases no morales. En estos supuestos, su idea es que el juez no debería deferir la solución a los cuerpos democráticos, sino que se encontraría habilitado para negarse a imponer la aplicación de un texto legal porque viola sus sentimientos morales más profundos.¹⁸³

Como se advierte, la teoría del pragmatismo no suministra un esquema teórico exhaustivo del modo en que el magistrado debe enfrentarse a la tarea interpretativa inherente al procedimiento de revisión constitucional. Su identificación se basa, pues, en un conjunto de apreciaciones dirigidas al logro de la mayor eficiencia en la tarea judicial que pueden resumirse en una profunda desconfianza respecto de las entidades metafísicas, una insistencia en que las proposiciones sean ponderadas por sus consecuencias y una directriz en el sentido de que los proyectos (científicos, éticos, políticos o legales) se encuentren en conformidad con las necesidades humanas sociales o de cualquier tipo más que a criterios objetivos impersonales.¹⁸⁴

¹⁸³The problematics. ... pág. 1708.

¹⁸⁴ Posner citado por Steven D. Smith en su artículo *The Pursuit of Pragmatism* 100 *The Yale Law Journal* 409 (1990), donde, por otra parte, se cuestionan las soluciones propuestas por el pragmatismo para el cuestionamiento de las teorías legales abstractas.

Conclusiones

Desde fines del siglo XVIII la búsqueda de una salida a la contraposición entre la democracia y la idea de una constitución utilizada como un mecanismo retardatario de los cambios de humor de la voluntad popular ha sido una constante dificultad para la elaboración de una teoría relativamente coherente de los sistemas políticos modernos. Este trabajo no se encuentra dirigido a brindar soluciones en ese sentido. Sólo he tratado de enfocar uno de los aspectos derivados de ese conflicto: el estudio de la doctrina elaborada en los Estados Unidos de América sobre el tema de la revisión judicial de la constitucionalidad de las normas legislativas y del poder ejecutivo.

Ahora bien, ese procedimiento se ha desplegado con una categoría verdaderamente expansiva que hace a menudo olvidar el resto de la actividad jurisdiccional ordinaria. La revisión judicial empezó en los Estados Unidos de América como un procedimiento excepcional de control del proceso legislativo dentro del marco de un sistema representativo y ha terminado por ser -en la segunda mitad del siglo XX- un elemento conflictivo en la organización de la organización democrática de las instituciones de ese país.

La reseña efectuada en esta tesina permite comprobar que, en sus inicios, el control judicial de los restantes actos de gobierno suponía un procedimiento de adecuación lógica. La corte suprema -habilitada por la constitución y particularmente por el *dictum* del juez Marshall- sólo enfrentaba dificultades en orden a la consecución de algún test relativamente objetivo para efectuar esa tarea. Es verdad que desde sus comienzos la corte entendió que lo que se debía interpretar era una constitución. Sin embargo, su labor no se estructuró en base a una construcción teórica para reivindicar la autoridad de sus decisiones. La justificación del procedimiento estaba en *Marbury v. Madison*, pero la jurisprudencia y la doctrina norteamericanas no se centraron alrededor de esa búsqueda de procedimientos de justificación. Puede decirse, en resumidas cuentas, que la revisión judicial se desarrolló en un marco dentro del cual su cuestionamiento se dio más en el aspecto político circunstancial -los casos de Arthur Jackson y Abraham Lincoln son paradigmáticos en ese sentido- que en su carácter excepcional dentro del sistema democrático.

Desde esta perspectiva, el trabajo de Thayer fue fundamental porque importó una especie de anclaje a partir del cual era posible elaborar una teoría de la revisión judicial sin que el tribunal quedara estancado en las teorías de Cooley y Story que apenas consideraban la excepcionalidad del procedimiento de revisión. La lectura de las obras de estos últimos sorprende al lector actual por la ausencia de una teoría independiente de la revisión judicial. La tarea de la corte se estructuraba en realidad más sobre procedimientos de adecuación de la corte suprema en relación a la estructura federal que sobre la base de su rol de órgano judicial de control de constitucionalidad.

El problema de la posición de Thayer es que la denominada Corte *Lochner* pudo usar de ese instrumento teórico para cuestionar medidas legislativas democráticas que iban en contra de los principios conservadores del *laissez faire* que mantenía aquel tribunal. La crítica de Jackson al intento de boicotear las decisiones de los poderes políticos mediante el uso del proceso judicial (*government by lawsuit*) es un epítome de la teoría de Roosevelt sobre la autorrestricción (*self restraint*) que le corresponde a la corte suprema- refleja la dificultad en que se encontró la teoría liberal para reencuadrar el rol de la corte suprema durante el denominado período de *Lochner*. Una perspectiva política basada en las medidas del poder ejecutivo destinadas a superar las consecuencias de la Depresión es la que define la doctrina de Jackson. Lo relevante de la Corte Suprema es aquí la abstención y la deferencia hacia las medidas de los poderes legislativo y ejecutivo.

Se edifica así una estructura ideológica en remisión a la autorestricción de la corte originaria para contraponerlo al rol demasiado activo de la corte en las tres primeras décadas del siglo XX que había privilegiado la concepción liberal decimonónica sobre el necesario control por parte del estado de las relaciones contractuales. El giro esencial se presenta a fines de la década del 30 cuando la Corte reencauza su visión de las posiciones contractuales individualistas para considerar la viabilidad de una concepción política que privilegie al bienestar general sobre concepciones que, en definitiva, importan un subsidio a los explotadores. La doctrina planteada por Jackson de la revisión judicial es aquí parasitaria de la posición política contraria al *laissez faire*.

Son los trabajos de Hand y de Weschler los que ponen en discusión un aspecto olvidado en el examen doctrinario de la revisión judicial: la justificación del papel constitucional y político de la corte suprema en la declaración de inconstitucionalidad de las leyes. La postura de Hand representa, al mismo tiempo, el planteo de la falta de un procedimiento expreso de revisión judicial y la inquisición acerca de una solución coherente en una solución pragmática ante la constatación de tal ausencia. Por su lado, la idea de Weschler implica una tentativa –frustrada– de buscar principios neutrales respecto de un proceso que ya Jackson había considerado como esencialmente enmarcado dentro de un combate político.

Por su parte, Bickel construye su discusión acerca de la actividad contramayoritaria de la Corte en una dualidad que simula sostenerse en el principio y en el mantenimiento de su coherencia cuando, en realidad, se estructura en la conveniencia política que se ejerce, en ocasiones, a través de las denominadas *virtudes pasivas*. La atención a las denominadas virtudes pasivas es una contracara de la misma perspectiva de Jackson: en este último la inactividad de la Corte es necesaria para proteger la acción reformista de la Administración mientras que en Bickel la conveniencia política (*expediency*) es un punto de clivaje para evitar que un tribunal demasiado activista –como la Corte Warren– exceda en la aplicación de principios que lleven a privilegiar una posición elitista de avanzada en relación a las posiciones relativamente conservadoras que mantiene el resto de la sociedad norteamericana. La Corte deberá, pues, buscar el momento para aplicar el principio y no fomentar por la aplicación del principio una reacción innecesaria y, en realidad, contraproducente para el necesario consenso en que se debe sostener todo sistema constitucional democrático.

Sin embargo, la tesis de Bickel es decisiva para la teoría de la revisión constitucional porque resalta ese elemento antimayoritario de la Corte. Podría decirse que –a partir de

The Least Dangerous Branch- toda construcción de una teoría de la revisión judicial lleva una suerte de carga *iuris tantum* en su contra. El procedimiento de control de constitucionalidad deja de ser un dato ya que la actividad nulificadora de la corte no surge naturalmente de la lectura de la constitución americana y puede ser estudiado, entonces, como un rasgo anómalo de las consecuencias políticas surgidas como consecuencia de la república democrática establecida por la Constitución de 1787.

Para superar esta dificultad surgen en la doctrina dos teorías constitucionales fuertes: el originalismo y la tesis de Dworkin y una serie de planteos coadyuvantes a la tarea de la Corte, tales como la democracia deliberativa, el intratextualismo o la remisión parcial a los procedimientos del *common law* en la tarea constructiva del tribunal que se acercan más a un procedimiento de interpretación constitucional que a una teoría coherente que sirva para explicar el proceso de revisión judicial.

El intento de Ely de protección de las libertades constitucionales en base a una interpretación constitucional centrada en el proceso más que en la sustancia puede entenderse como una solución aparente al problema contramayoritario. Si no es posible superar la evidencia de la actividad elitista de la Corte, la postura de Ely se traslada a la elaboración de un método restrictivo que supone sólo asegurar los canales de intervención de la ciudadanía. La dificultad permanece, de todos modos, porque resulta claro que la estructura teórica de Ely —a partir de la nota 4 de *Carolene Products*— representa un apartamiento respecto a la evidente fuerza sustancial de la mayoría de las Enmiendas.

Quizás la salida del problema de la revisión judicial y la cuestión particular de su engarce con un sistema democrático —la denominada cuestión contramayoritaria— se centre más en un debate político de los últimos cincuenta años del siglo XX que en torno a una cuestión teórica. En otros términos, quizás el problema permanezca aparentemente como insoluble desde la perspectiva de una jurisprudencia liberal¹⁸⁵ que quiere que sus principios se proyecten y ejecuten mediante el debate político por un tiempo (en el *New Deal* o en la actualidad) o que se impongan mediante la decisión de la corte misma (en la época de la Corte *Warren*). En este aspecto surgen, según entiendo, dos tipos de planteos.

En primer lugar, la doctrina liberal —y la jurisprudencia adoptada en su consecuencia— se ha intentado edificar sobre una discusión aparentemente alejada de planteos políticos y sostenida en un profundo sentido filosófico y generalizador. El principal responsable de esta posición es Dworkin.

Por otro lado, se advierte la presencia de posiciones —más basadas en principios republicanistas o de democracia deliberativa— que elaboran su rol sobre la corte en base

¹⁸⁵ Se entiende como el tipo ideal de juez liberal y activista aquel que se basa en una concepción de liberalismo neutral y que, al mismo tiempo, sostiene que el mercado es una regla insuficiente para el logro del bienestar general, que deben adoptarse procedimientos social y políticamente igualitarios para el gobierno democrático y que pone particular énfasis en temas de justicia social y no discriminación entre las personas. Ronald K. L. Collins y David M. Skover, *The future of Liberal Legal Scholarship*, 87 *Michigan Law Review* 189, 195 (1988) y Robin West, *Progressive and conservative constitutionalism*, 88 *Michigan Law Review* 641, 644 (1990).

a planteos sobre tipos o ideales históricos que se proyectan hacia la actualidad para justificar pretensiones teóricas sobre tales fundamentos.¹⁸⁶

Curiosamente la búsqueda de la salida a la cuestión contramayoritaria se ubica realmente en la creación de justificaciones aparentemente neutrales a posiciones políticas de la doctrina norteamericana. Distinguir democracia de mayoritarismo como hacer Dworkin o buscar diversas formas de democracia –*deliberativa* frente a la *no deliberativa* –como hace Sunstein– parecen más arbitrios retóricos que reales fundamentos para solucionar el conflicto. Es aquí, probablemente, donde surge con más nitidez la utilidad de la Escuela de los Estudios Críticos como procedimiento desmitificador de la teoría constitucional norteamericana. Por supuesto, que la aporía permanece porque esta Escuela no da una solución sustancial a los planteos contramayoritarios y sólo permanece como válida la solución dada por el puro poder político o el contrapoder que estaría configurado por la estructura formada por los principales pensadores de las universidades liberales norteamericanas. En esta polémica, la Escuela de los Estudios Críticos permanece como un observador cínico y aparentemente desinteresado de los frutos del combate y sustentada en una visión utópica como alternativa a la sociedad capitalista.

El estudio de esta historia de la revisión judicial en el marco doctrinario permitiría llegar, pues, a una conclusión relativamente escéptica desde dos puntos de vista. En primer lugar, la búsqueda de una conciliación entre democracia y revisión judicial por un cuerpo de juristas se enfrenta con dificultades tales que resulta más adecuado señalar que la corte realiza –en estas instancias– un procedimiento relativamente elitista de jurisdicción que supone un obstáculo a la voluntad mayoritaria. En segundo término, se puede advertir que los intentos para superar esa dificultad generan más problemas que soluciones. Las posiciones doctrinarias suponen, en general, un instrumental de sucedáneos para intentar dar un tinte democrático a una decisión que evidentemente se basa en argumentos epistémicos alejados de la voluntad popular.

A partir de estas consideraciones, quizás sea más sincero asumir que el modo en que fueron elaborados estos cuerpos judiciales –como frenos a la voluntad popular estereotipada en la imagen clásica de democracia directa– define su posterior actividad futura. Los *Framers* pudieron haber escogido formar un cuerpo más democrático –por así llamarlo– pero es claro que optaron por un cuerpo que debe decidir según los postulados básicos de la constitución y según su leal saber y entender en el momento de decidir la controversia. Por supuesto que el problema esencial sigue siendo, en este caso, la determinación de cuál es el “saber y entender” aplicable al caso (¿el texto “original” o la “constitución viviente”?). No obstante lo decisivo es tener en cuenta que esa actividad fue conferida a un cuerpo especializado de juristas que no necesariamente asegura la vigencia del principio democrático o que la sociedad norteamericana sea más

¹⁸⁶ Esta es la idea de Laura Kalman que estima que autores como Michelmann, Sunstein e incluso el mismo Dworkin consideran importante atribuir un *pedigree* histórico para sus deseadas interpretaciones constitucionales porque quieren imbuir el pasado con autoridad prescriptiva (citada por Richard A. Posner en *Past-Dependency, and Critique of History in Adjudication in Legal Scholarship*, 67 *The University of Chicago Law Review* 573, 582 (2000)).

justa que otras comunidades que utilicen otros sistemas de control de constitucionalidad de sus normas.¹⁸⁷

La conclusión que surge respecto al examen de la doctrina norteamericana referente a la revisión judicial conduce a cierto escepticismo respecto a la posibilidad de conciliar ese procedimiento con el sistema democrático. Quizás sea más útil considerar al control de constitucionalidad judicial como una categoría excepcional dentro de ese sistema político que intentar la construcción de pseudoargumentos sobre su justificación sobre la voluntad mayoritaria.

Por otro lado debería tenerse en cuenta, además, que sus reales logros se encuentran fuertemente cuestionados por decisiones que no han logrado un consenso suficiente y que van desde *Dred Scott* a *Roe v. Wade* pasando por *Lochner*. Su justificación en base a su relación con el sistema democrático se asienta más en una obsesión académica¹⁸⁸ que en una posibilidad cierta de justificación lógica y coherente de sus decisiones. Quizás quede sólo en pie la voluntad de los *Framers* —voluntad política al fin— de establecer un sistema judicial y basado en los principios tradicionales de la jerarquía intelectual de los jueces del *common law* como verdadero reaseguro del sistema de revisión judicial.

¹⁸⁷ Ver en este sentido Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, Londres, Oxford University Press, 1999, pág. 288.

¹⁸⁸ Tomo prestada la expresión del reciente artículo de Barry Friedman, *The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty*, Part Five, 112 *The Yale Law Journal* 153 (2002). Neal Kumar Katyal (*Judges As Advicegivers*, 50 *Stanford Law Review* 1709 (1998) también había mencionado el *enfoque obsesivo* de la doctrina sobre la dificultad contramayoritaria planteada por Bickel

BIBLIOGRAFIA

Ackerman, Bruce: *We the People. Foundations*, 5^a. ed., Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1998.

Ackerman, Bruce: *We the People. Transformations*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1998.

Acton, Lord: *Selected Writings of Lord Acton*, Liberty Fund, 1986.

Alexander, Larry y Schauer, Frederick: On extrajudicial constitutional interpretation, 110 *Harvard Law Review* 1359 (1997).

Amar, Akhil Reed: Philadelphia Revisited: Amending the Constitution Outside Article V, 55 *The University of Chicago Law Review* 1043 (1988).

Amar, Akhil Reed: Intratextualism, 112 *Harvard Law Review* 748 (2000).

Amar, Akhil Reed: *The Bill of Rights*, New Haven, The Yale University Press, 1998.

Amar, Akhil Reed: The Supreme Court 1999 Term Foreword: The Document and the Doctrine, 114 *Harvard Law Review* 26 (2000).

Appleby, Joyce: *Liberalism and Republicanism in the Historic Imagination*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1992.

Balkin, J.M. : The rhetoric of responsibility, 76 *Virginia Law Review* 197 (1990).

Balkin, J.M. y Levinson, S.: The canons of constitutional law, 111 *Harvard Law Review* 963 (1998).

Barkow, Rachel E.: More supreme than Court: The fall of the political question doctrine and the rise of judicial supremacy, 102 *Columbia Law Review* 237 (2002).

Baylin, Bernard: *The Ideological Origins of American Revolution*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1992.

Bickel, Alexander: *The least dangerous branch*, Indianapolis, Bibbs Merrill Educational Publishing, 1962.

Bickel, Alexander: The New Supreme Court: prospects and problems, 45 *Tulane Law Review* 229 (1971).

- Black, Charles L. (Jr.): *The People and the Court: judicial review in a democracy*, New York, The Macmillan, 1960.
- Bohman, James y Rehg, William: *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*, The MIT Press, 1998.
- Bohman, James: *Public Deliberation, Pluralism, Complexity and Democracy*, Cambridge, The MIT Press, 2000.
- Bork, Robert: *The tempting of America. The political seduction of the law*, New York, Simon & Schuster, 1991.
- Bork, Robert: Neutral principles and some First Amendment problems, 47 *Indiana Law Journal* 1 (1971)
- Boumy, E.: *Etudes de Droit Constitutionnel*, Paris, Plon Ed., 1885.
- Brown, Rebecca I.: Tradition and Insight, 103 *The Yale Law Journal* 177 (1993).
- Chambers, Robert Nisbet: *Political Parties in a New Nation. The American Experience 1776-1809*, New York, Oxford University Press, 1963.
- Collins, Ronald K. L. y Skover, David M.: The future of Liberal Legal Scholarship, 87 *Michigan Law Review* 189 (1988).
- Cooley, Thomas M.: *The general principles of constitutional law*, Boston, Little, Brown and Company, 1898.
- Cooley, Thomas M.: *A treatise on the constitutional limitations*, 7ªed, Boston, Little & Brown, 1907.
- Crosskey, William Winslow: *Politics and the Constitution in the History of the United States*, Chicago, The University of Chicago Press, 1953.
- Dahl, Robert A.: *La democracia y sus críticos*, Barcelona, Ed. Paidós, 1993.
- Dahl, Robert A.: *Un prefacio a la teoría democrática*, México, Germika, 1987.
- Diderot y D'Alembert: *Artículos políticos de la Enciclopedia*, Barcelona, Ed. Altaya, 1994.
- Dunn, John: *La agonía del pensamiento político occidental*, Cambridge, Mass., Cambridge University Press, 1996.
- Dworkin, Ronald: *Freedom's Law. The moral reading of American Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- Dworkin, Ronald: *El imperio de la justicia*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1988.

- Dworkin, Ronald: *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993.
- Dworkin, Ronald: *El dominio de la vida*, Barcelona, Ed. Ariel, 1994.
- Elster, Jon (ed.): *Deliberative Democracy*, Cambridge, Mass. University Press, 1998.
- Ely, John Hart: *Democracia y desconfianza*, Bogotá, Ed. Siglo del Hombre, 1998.
- Eskridge, William N. (Jr.): All about words: Early understanding of the "judicial power" in statutory interpretation, 1776-1806, 101 *Columbia Law Review* 990 (2001).
- Fallon, Richard: Implementing the Constitution 111 *Harvard Law Review* 54 (1997).
- Fallon, Richard: Stare decisis and the Constitution: an essay of constitutional methodology, 76 *New York University Law Review* 570 (2001).
- Fallon, Richard: "The Rule of Law" as a concept in constitutional discourse, 97 *Columbia Law Review* 1 (1997).
- Fiss, Owen: Foreword The Forms of Justice 93 *Harvard Law Review* 1 (1979).
- Fiss, Owen: Contra el acuerdo extrajudicial, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 3, n° 1, 1998.
- Fiss, Owen: Money and Politics, 97 *Columbia Law Review* 2470 (1997).
- Fiss, Owen: *La ironía de la libertad de expresión*, Madrid, Ed. Gedisa, 1999.
- Fletcher, William A.: The Structure of Standing, 98 *The Yale Law Journal* 221 (1988).
- Fried, Charles: Constitutional doctrine, 107 *Harvard Law Review* 1140 (1994).
- Friedman, Barry: The history of the countermajoritarian difficulty. Part one: the road to judicial supremacy, 73 *New York University Law Review* 352 (1998).
- Friedman, Barry: The history of the countermajoritarian difficulty. Part three: The lesson of *Lochner*, 76 *New York University Law Review* 1383 (2001).
- Gargarella, Roberto: *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ed. Ariel, 1996.
- Garrow, David J.: The lowest form of animal life? Supreme Court clerks and Supreme Court history, 84 *Cornell Law Review* 855 (1999).
- Gastil, John: *By popular demand. Revitalizing Representative Democracy through Deliberative Elections*, Berkeley, University of California Press, 2000.

Gierke, Otto von: *Political Theories of Middle Ages*, Cambridge University Press, reed por Thoemmes Press, 1996.

Grey, Thomas C.: Do we have an unwritten constitution?, 27 *Stanford Law Review* 703 (1975).

Grey, Thomas C.: Origins of Unwritten Constitution: Fundamental Law in American Revolutionary Thought, 30 *Stanford Law Review* 843 (1978).

Gunther, Gerald: *Constitutional Law*, 12^a. Ed., New York, The Foundation Press, 1991.

Haines, Charles Groves: *The american doctrine of judicial supremacy*, New York, Macmillan, 1914.

Hand, Learned: *The Bill of Rights*, 1958.

Hart, H. L. A.: La pesadilla y el noble sueño, en Casanovas, Pompeu y Moreso, Juan José (ed.), *El ámbito de lo jurídico*, Madrid, Ed. Crítica.

Held, David: *Modelos de democracia*, México, Alianza Ed., 1992.

Hershkoff, Helen: State Courts and the 'passive virtues': rethinking the judicial function, 114 *Harvard Law Review* 1833 (2001).

Hobbes, Thomas: *Tratado sobre el ciudadano*, Madrid. Ed. Trotta, 1999.

Ides, Allan: Judicial Supremacy and the Law of the Constitution, 47 *UCLA Law Review* 491 (1999).

Jackson, Robert H.: *The struggle for judicial supremacy*, 2^a. ed., New York, Alfred A. Knopf, 1949.

Katyal, Neal Kumal: Judges As Advicegivers, 50 *Stanford Law Review* 1709 (1998)

Kennedy, Duncan: *A Critique of Adjudication (fin de siecle)*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1998.

Klarman, Michael J.: Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem, 85 *The Georgetown Law Journal* 491 (1997).

Koh, Harald y Slye, Ronald C.: *Deliberative Democracy and Human Rights*, New Haven, Yale University Press, 1999.

Kramer, Larry D.: The Supreme Court 2000 Term We The Court, 115 *Harvard Law Review* 4 (2001).

Kronman, Anthony T.: *The lost lawyer*, 6^a. ed., Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2000.

Kronman, Anthony: Precedent and Tradition, 99 *The Yale Law Journal* 1020 (1990).

Kronman, Anthony: Alexander Bickel's Philosophy of Prudence 94 *The Yale Law Journal* 1567 (1985).

Larabee, Leonard W.: *Royal Government in America. A study of the British Colonial System before 1763*, New York, Ungar, 1958.

Lee, Evan Tsen: Deconstitutionalizing Justiciability: The Example of Mootnes; 105 *Harvard Law Review* 605 (1992).

Lijphart, Arend: *Las democracias contemporáneas*, 2ª. Ed., Barcelona, Ariel Ed., 1991.

Lipkin, Robert J.: *Constitutional revolutions. Pragmatism and the Role of Judicial Review in American Constitutionalism*, Durham, Duke University Press, 2000.

Maier, Pauline: *From Resistance to Revolution. Colonial Radicals and the Development of American opposition to Britain 1765-1775*, New York, Norton & Company, 1991.

Martin, James: When Repression is Democratic and Constitutional: The Federalist Theory of Representation and the Sedition Act of 1798, 66 *The University of Chicago Law Review* 117 (1999)

Manning, John F.: Textualism and the Equity of Statute, 101 *Columbia Law Review* 1 (2001).

Matteucci, Nicola: *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Madrid, Ed. Trotta, 1998.

Meese, Edgard: The Law of the Constitution, 61 *Tulane Law Review* 979 (1987).

Michelmann, Frank: Law's Republic, 97 *The Yale Law Journal* 1493 (1988).

Mill, John Stuart y Bentham, Jeremy: *Utilitarianism and other essays*, Londres, Penguin, 1987.

Nagel, Thomas: *La última palabra*, Barcelona, Ed. Gedisa, 2000.

Nino, Carlos Santiago: *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1997.

Nowak, John; Rotunda, John E. y Rotunda, Daniel: *Constitutional Law*, St. Paul, West Publishing, 1960.

Oakeshott, Michel: *El racionalismo en la política*, México, F.C.E., 2000.

Onuf, Peter: *Jefferson's Empire. The language of American Nationhood*, Charlottesville, University Press of Virginia, 2000.

Paulsen, Michael Stokes: Abrogating Stare Decisis by Statute: May Congress Remove The Precedential Effect of Roe and Casey, 109 *The Yale Law Journal* 1535 (2000).

Perry, Michael J.: Noninterpretive review in human rights cases: a functional justification, 56 *New York University Law Review* 278 (1981).

Peters, Christopher: Adjudication as representation, 97 *Columbia Law Review* 312 (1997).

Pitkin, Hanna F.: *El concepto de representación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

Pocock, J.G.A.: *The Maquiavellian Moment. Florentine political thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton, Princeton University Press, 1975.

Posner, Richard A.: *Overcoming Law*, 5ª. ed., Cambridge Mass, Harvard University Press, 1998.

Posner, Richard A.: Against Constitutional Theory, 73 *New York University Law Review* 1 (1998).

Posner, Richard A.: The problematics of moral and legal theory, 111 *Harvard Law Review* 1637 (1998).

Posner, Richard A.: Past-Dependency, and Critique of History in Adjudication in Legal Scholarship, 67 *The University of Chicago Law Review* 573 (2000).

Post, Robert: Justice for Scalia, *New York Review of Books*, 11 de junio de 1998.

Rakove, Jack N.: The Origins of Judicial Review: A Plea for New Contexts, 49 *Stanford Law Review* 1031 (1997).

Reid, John Phillip: In accordance with usage: the authority of custom, the Stamp Act debate, and the coming of the American Revolution, 45 *Fordham Law Review* 335 (1976).

Rubinfeld, Jed: The new unwritten constitution, 51 *Duke Law Journal* 289 (2001).

Rubinfeld, Jed: Reading the Constitution as Spoken, 104 *The Yale Law Journal* 119 (1995).

Rubio Carracedo, José: *¿Democracia o representación? Poder y legitimidad en Rousseau*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

Sartori, Giovanni: *Teoría de la democracia*, Buenos Aires, Rei ed., 1988.

Scalia, Antonin: Originalism, the Lesser Evil, 57 *U. Cincinnati Law Review* 862 (1989).

Scalia, Antonin: *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the law*, Princeton, Princeton University Press, 1997.

Scalia, Antonin: The Rule of law as a Law of Rules, 56 *The University of Chicago Law Review* 1175 (1989).

Schmitt, Carl: *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Ed., 1992.

Schmitt, Carl: *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*, Madrid, Revista de Occidente, 1968.

Schubert, Glendon A.: *Constitutional Politics. The Political Behaviour of Supreme Court Justices and the Constitutional Policies That They Make*, New York, Holdt, Rinehart and Winston, 1960.

Sherry, Suzanna: The Founders' Unwritten Constitution, 54 *The University of Chicago Law Review* 1127 (1987).

Smith, Steven D.: The Pursuit of Pragmatism, 100 *The Yale Law Journal* 409 (1990).

Story, Joseph: *Commentaries of the Constitution of the United States*, Boston, Little, Brown and Company, 1858.

Strauss, David A.: The irrelevance of constitutional amendments, 114 *Harvard Law Review* 1457 (2001).

Strauss, David A.: Common law Constitutional Interpretation, 63 *University of Chicago Law Review* 877 (1996).

Sunstein, Cass R.: The Supreme Court 1995 Term Foreword: Leaving things undecided, 110 *Harvard Law Review* 4 (1996).

Sunstein, Cass R.: *One Case at a Time: Judicial minimalism on the Supreme Court*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999.

Sunstein, Cass R.: Naked preferences and the Constitution, 84 *Columbia Law Review* 1689 (1984)

Sunstein, Cass R.: *The Partial Constitution*, 3^a ed., Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1997.

Taylor, Charles: *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, Barcelona, Ed. Paidós, 1996.

Torres del Moral, Antonio: Modelo y antimodelo en la teoría política de Rousseau, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, n° 203, sept.-oct. 1975.

Tribe, Laurence: The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories, 89 *The Yale Law Journal* 1063 (1980)

Tushnet, Mark: Darkness on the Edge of Town: The Contributions of John Hart Ely to Constitutional Theory 89 *The Yale Law Journal* 1037 (1980).

Tushnet, Mark: The Supreme Court 1998 Term Foreword: The new constitutional order and the chastening of constitutional aspirations, 113 *Harvard Law Review* 26 (1999).

Ullman, Walter: *Principios de gobierno y política en la Edad Media*, Madrid, Alianza Ed., 1985.

Varela Suances Carpegna, Joaquín: *La teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispano (Las Cortes de Cádiz)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

Vermeule, Adrian y Young, Ernest A.: Hercules, Herbert and Amar: the trouble with intratextualism, 113 *Harvard Law Review* 730 (2000).

Waldron, Jeremy: *Law and Disagreement*, Londres, Oxford University Press, 1999.

Weber, Max: *Economía y Sociedad*, México, F.C.E., 1993.

Weber, Max: *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Madrid, Ed. Península, 1976.

Weschler, Herbert: Toward neutral principles of constitutional law, 73 *Harvard Law Review* 1 (1959).

West, Robin: Progressive and conservative constitutionalism, 88 *Michigan Law Review* 641 (1990).

Wood, Gordon: *The creation of the American Republic, 1776-1787*, Chapell Hill, The University of North Carolina Press, 1998.

Indice

La doctrina constitucional norteamericana de la revisión judicial

Introducción.

- I. La democracia.
- II. La constitución.
- III. La constitución como norma suprema.
- IV. La relación entre democracia y constitución en la constitución americana.
- V. El concepto de *revisión judicial*.
- VI. La teoría constitucional.
- VII. Las teorías tradicionales.
 - VII.a. La posición de Story.
 - VII.b. la teoría constitucional de Cooley.
 - VII.c. Thayer y la limitación de la revisión judicial.
 - VII.d. La perspectiva del *New Deal*: Jackson. The struggle for judicial supremacy.
- VIII. La crisis de la doctrina tradicional
 - VIII.a. El cuestionamiento de los presupuestos tradicionales en Hand.
 - VIII.b. Los principios neutrales de Weschler.
 - VIII.c. Black. The People and the Court.
 - VIII.d. Bickel y la aparición de la cuestión contramayoritaria.
- IX. Las soluciones al problema contramayoritario.
 - IX.a. Ely y la defensa del proceso.
 - IX.b. Los valores supraconstitucionales y la revisión judicial.
 - IX.c. Ackerman y la concepción de la democracia dualista.
 - IX.d. La democracia deliberativa.
 - IX.e. Amar y la defensa del intratextualismo.
 - IX.f. El originalismo, la revisión judicial y la democracia.

IX.g. La revisión judicial a la luz del *common law*: Strauss, Kronman y Fallon.

IX.h. Fiss y los valores constitucionales.

IX.i. La escuela de los estudios críticos del derecho y la revisión judicial.

IX.j. La escuela del pragmatismo

Conclusiones.