

Contra el gobierno de los jueces

Ventajas y desventajas de tomar
decisiones por mayoría en el Congreso
y en los tribunales

Jeremy Waldron

Edición al cuidado de Juan F. González Bertomeu

3. Control judicial y supremacía judicial

Se nos dice en la Biblia que el antiguo Israel fue gobernado durante un tiempo por jueces –“Dios les dio los jueces” (*Libro de los Jueces* 2: 16-18)– antes de quedar bajo la égida de los reyes. Incluso en el mundo moderno, la idea de un gobierno de jueces –la soberanía o supremacía del poder judicial– genera una fascinación persistente en cierto tipo de intelectuales. Me refiero a los intelectuales que imaginan que pueden ver en el carácter de esos jueces educación, habilidades e intereses que concuerdan con los suyos y que definitivamente no pueden encontrar en el pueblo autogobernado de una democracia. Por supuesto, es probable que también se sientan halagados por la imagen platónica del rey filósofo.¹ No obstante, como reconoció el propio Platón,² la perspectiva de un rey filósofo no es particularmente realista. Exceptuando a un puñado de figuras como Marco Aurelio, los monarcas no han pasado a la historia por su perspicacia o sus intereses intelectuales. Pero un juez filósofo, o un panel de jueces filósofos en lo que Ronald Dworkin (1985) llama “foro de principios” sí ofrece una posibilidad realista para el gobierno de la razón, siempre y cuando se les dé a los jueces poder sobre el pueblo y autoridad sobre los reyes.

Para otros de nosotros, en cambio, la perspectiva de la soberanía judicial no es mejor que cualquier otro tipo de soberanía, y es mucho peor que otras formas de gobierno en última instancia disciplinadas por la obligación de rendir cuentas ante el pueblo. Por muy inferiores que

1 “Hasta que los filósofos sean reyes, o los reyes y príncipes de este mundo tengan el espíritu y el poder de la filosofía, y la grandeza política y la sabiduría converjan en una, y las naturalezas comunes que persiguen una de ellas en exclusión de la otra se vean obligadas a quedarse a un costado, las ciudades nunca descansarán de sus males, tampoco la raza humana, según creo” (Platón, 2014, 473c).

2 “En la vida real los países no son como las colmenas de abejas: no gestan un rey: un individuo cuyos atributos mentales y físicos hacen que se destaque del resto” (Platón, 1994, 301e).

parezcan los juicios del pueblo en comparación con los juicios de los jueces, nos agrada la idea de una república capaz de autogobernarse, y no estamos para nada seguros de que esto sea compatible con la existencia de tribunales con autoridad máxima en la Constitución.

No creo que pueda citar la autoridad bíblica respecto de este último punto, pero puedo invocar aquello que (para un estadounidense) alcanza casi la misma estatura: los dichos de Abraham Lincoln. En 1861, en su discurso inaugural como presidente de los Estados Unidos, justo antes del inicio de la guerra civil, Lincoln reflexionó sobre los métodos que podrían usarse para resolver las cuestiones en litigio respecto de la esclavitud. La Constitución no las resolvía, puesto que no decía explícitamente si la esclavitud podía o debía permitirse en los territorios que aún no se habían convertido en estados. Estas cuestiones podían resolverse mediante votación, mediante una división de mayorías y minorías: “Si la minoría no lo consiente, deberá hacerlo la mayoría, o, de lo contrario, el gobierno deberá cesar”, y el asunto se resolverá mediante la guerra (algo que, por supuesto, efectivamente ocurrió, en el conflicto más sangriento en la historia de los Estados Unidos). Lincoln añadió: “No olvido la posición que adoptaron algunos en cuanto a que las cuestiones constitucionales deben ser decididas por la Corte Suprema, ni tampoco niego que esas decisiones [...] merecen gran respeto y consideración”. Sin embargo, continuó:

[a]l mismo tiempo, el ciudadano sincero debe reconocer que, si la política del gobierno sobre cuestiones vitales que afectan a toda la población ha de ser irrevocablemente determinada por las decisiones de la Corte Suprema, [...] el pueblo habrá dejado de ser su propio gobernante, habrá renunciado en la práctica a su gobierno y lo habrá dejado en manos de ese ilustre tribunal.

Ahí lo tenemos, en las palabras del hombre que fue quizá el mejor presidente en la historia de los Estados Unidos: si permitimos que los jueces decidan las cuestiones clave que afronta la república, “el pueblo habrá dejado de ser su propio gobernante”; habrá renunciado a su autoridad y a su gobierno, dejándolo “en manos de ese ilustre tribunal”.

Como ya he dicho, es posible que algunos den una entusiasta bienvenida a la posibilidad de la supremacía judicial. Pero Abraham Lincoln no lo hizo, y estoy convencido de que nosotros tampoco deberíamos hacerlo.

Estoy seguro de que mi opinión no sorprenderá a nadie. Soy conocido como un crítico de la práctica del control judicial de la legislación (véanse capítulo 2 de este libro y Waldron, 1999c). Se me conoce por mis críticas a los arreglos constitucionales que dan poder a los jueces, funcionarios no elegidos y que no rinden cuentas, para invalidar legislación o negarse a aplicar leyes debidamente aprobadas por una asamblea representativa. Pienso que existen razones poderosas y convincentes –razones democráticas– en contra de otorgar esa clase de autoridad a los jueces. Soy contrario al arreglo institucional que Portugal comparte con el país donde resido –los Estados Unidos–, un arreglo que da poder a los tribunales ordinarios para que ejerzan el control constitucional de la legislación y se nieguen a aplicar medidas que, según se percibe, violan disposiciones constitucionales.

No obstante, mi opinión en estas cuestiones es minoritaria. Muchos países y mucha gente –desde los Estados Unidos y Canadá, pasando por Portugal y Alemania, hasta Sudáfrica y Filipinas– reciben con beneplácito la relación entre, por un lado, la constitucionalidad y los derechos humanos y, por el otro, cierto grado de responsabilidad judicial para garantizar que las medidas del gobierno se adecúen a estos estándares. Les gusta que existan límites a lo que el gobierno, el parlamento o el congreso pueden hacer; les gusta que esos límites se expresen en el mismo documento o carta que faculta al parlamento o congreso; y también les gusta que estas no sean sólo “barreras de pergamino”, sino restricciones sustantivas que pueden ser ejecutadas mediante los procesos deliberativos del derecho.

Lo que quiero hacer aquí, sin embargo, es explorar el espacio –si es que existe– entre esta idea del control judicial de la legislación –que en su mejor versión puede operar como un poder de restricción modesto– y la idea de la supremacía judicial en una constitución –es decir, que los jueces sean supremos o incluso soberanos en el sistema político y que los otros poderes mencionados en la constitución deban subordinarse a ellos–. Pienso que, más allá de lo que podamos decir a su favor o en su contra, el control judicial no es lo mismo que la supremacía judicial. Aquí quiero referirme a la supremacía judicial; quiero analizar de qué maneras la autoridad judicial puede alcanzar la supremacía y cómo puede prevenirse ese tipo particular de gobierno basado en los jueces.

TIPOS DE CONTROL JUDICIAL

El control judicial, como sabemos, viene en todo tipo de formas y tamaños.³ Puede implicar el control judicial de los actos del poder ejecutivo o el control judicial de la legislación (considero que el control judicial sobre los actos del ejecutivo es una parte integral del Estado de derecho y quienes favorecen el control judicial de la legislación piensan que también es importante llevar el Estado de derecho a ese nivel).⁴ En el mundo existe una variedad de prácticas que es posible agrupar bajo el título de “control judicial de la legislación”. Estas prácticas pueden distinguirse según distintas dimensiones.

- a. Existe una distinción entre el control judicial realizado por los tribunales ordinarios y la idea, más kelseniana, de control judicial a cargo de un tribunal constitucional especializado. Portugal, según entiendo, tiene ambos tipos de control judicial.
- b. Algunas veces se prevé la posibilidad de que un tribunal constitucional controle una ley o proyecto de ley durante el trámite legislativo, o después de su promulgación pero antes de cualquier intento de aplicarla a un caso particular. En otras jurisdicciones, este tipo de revisión *ex ante* no está permitida: sólo se controlan las leyes u otros actos de gobierno que hayan dado lugar a un “caso o controversia” entre partes en litigio, incluidos los organismos del Estado.
- c. El punto de referencia del control judicial es, a veces, una carta de derechos autónoma (como en el Reino Unido o Nueva Zelanda) y otras veces el texto de una constitución.
- d. En este último caso, el control judicial puede basarse exclusivamente en derechos o también en otros aspectos de la constitución, incluidas características estructurales como los principios de federalismo y división de poderes.⁵

3 Véase capítulo 2 de este libro.

4 Buena parte de lo que hace la Corte Europea de Derechos Humanos es control judicial de acciones ejecutivas. Hace algo de control judicial de acciones legislativas e incluso un poco de control judicial de las acciones judiciales.

5 La defensa judicial más famosa del control judicial, “*Marbury c. Madison*”, 5 U. S. (1 Cranch) 137 (1803), no tenía nada que ver con los derechos individuales. Versaba sobre el poder del Congreso para designar y remover jueces de paz.

- e. Cuando toman sus decisiones, los tribunales colegiados utilizan diferentes procedimientos. En los Estados Unidos, la mayoría de los tribunales usan la decisión por mayoría: cinco votos vencen a cuatro en la Corte Suprema (véase el capítulo 4 de este libro). Sin embargo, existen uno o dos casos atípicos (Nebraska, Dakota del Norte) que requieren una mayoría especial de jueces para invalidar leyes.⁶ Muchos tribunales europeos no hacen públicos los desacuerdos entre sus jueces, por lo cual los procedimientos decisorios que utilizan son informales y no figuran en la presentación pública de sus decisiones.
- f. Con esto se vinculan las diferencias en el espíritu con que se ejerce el control judicial: puede ser más o menos activista, o más o menos deferente, respecto de la institución cuyos actos se están revisando. Podría existir, por ejemplo, una presunción de constitucionalidad de las leyes. Este tipo de presunción podría estar representada por un requisito de mayoría especial, al estilo de Nebraska, para invalidar la ley. Todo esto es muy interesante. Sin embargo, no creo que estas distinciones puedan por sí solas determinar o condicionar la distinción que buscamos entre el “mero” control judicial y las prácticas equivalentes a la supremacía judicial. No obstante, más adelante retomaremos uno o dos de estos puntos.
- g. Mucho más importante es la diferencia entre lo que llamaré “control judicial *fuerte*” y “control judicial *débil*”. En un sistema de control judicial fuerte, los tribunales tienen la facultad de negarse a aplicar una ley en un caso particular (aun cuando la ley, en sus propios términos, sea claramente aplicable al caso) o de modificar el efecto de una ley para que su aplicación esté en conformidad con derechos individuales (en formas que la propia ley no había previsto). Una forma de control judicial incluso más fuerte facultaría a los tribuna-

6 La Constitución del estado de Nebraska (art. V.2) establece que la Corte Suprema del estado “debe estar compuesta por siete jueces”. Pero agrega: “Una mayoría de los miembros tendrá autoridad para pronunciar una decisión, excepto en los casos que traten sobre la constitucionalidad de un acto legislativo. Ningún acto legislativo podrá considerarse inconstitucional, salvo por la concurrencia de cinco jueces”. El requisito de una supramayoría fue expedido en 1920. La Constitución de Dakota del Norte es incluso más estricta: requiere el voto de cuatro de cinco jueces para invalidar legislación (art. VI, sección 4).

les para eliminar la ley del orden jurídico. Algunos tribunales europeos tienen esta facultad (véase Capelletti y Adams, 1966: 1222). Los tribunales estadounidenses no la tienen, pero el efecto real de su poder no le va en zaga.

En un sistema de control judicial débil, en cambio, los tribunales pueden revisar la compatibilidad de la legislación con los derechos individuales, pero no pueden negarse a aplicarla (o moderar su aplicación) simplemente porque se violarían derechos en caso de hacerlo (véase Gardbaum, 2013). No obstante, su revisión puede tener algún efecto. En el Reino Unido, los tribunales pueden revisar una ley con el propósito de emitir una “declaración de incompatibilidad” en el caso de que “el tribunal esté convencido de que la disposición es incompatible con un derecho de la Convención”, es decir, con alguno de los derechos consagrados en la Convención Europea de Derechos Humanos incorporados al derecho británico mediante la Ley de Derechos Humanos de 1998.⁷ Esta ley establece que una declaración de este tipo “no afecta la validez, la operatividad o la ejecución continua de la disposición respecto de la cual se expide; y [...] no es vinculante para las partes del procedimiento en que se expide”.⁸ Pero, aun así, tiene un efecto: un ministro del gabinete puede usar la declaración como una autorización para iniciar un procedimiento legislativo abreviado para remediar la incompatibilidad.⁹

Una forma de control judicial incluso más débil ni siquiera otorgaría a los jueces esta autoridad. Como es sabido, provengo de Nueva Zelanda, donde los tribunales no pueden negarse a aplicar leyes cuando estas violan derechos humanos (en Nueva Zelanda, los derechos están consagrados en la Ley de Declaración de Derechos de 1990); sin embargo, los tribunales están autorizados a intentar encontrar interpretaciones que eviten esa violación.¹⁰ Aunque los tribunales neo-

7 Véase también capítulo 5 de este libro.

8 Human Rights Act, 1998, c. 42, párr. 4(2) y 4(6).

9 *Ibid.*, párr. 10.

10 Bill of Rights Act, 1990 S. N. Z. n° 109. Su art. 4 dice: “Ningún tribunal deberá, en relación con cualquier promulgación [ya sea aprobada antes o después de la vigencia de esta Declaración de Derechos] [s]ostener que cualquier disposición de la promulgación ha sido derogada o revocada implícitamente, o que es de cualquier modo inválida o no efectiva; o [...] [d]eclinarse a aplicar cualquier disposición de la promulgación, basándose sólo en que la disposición sea inconsistente con cualquier disposición de esta Declaración de Derechos”. Sin embargo, el art. 6 prescribe: “Cuando sea posible otorgar a una promulgación un significado que sea consistente con los derechos y

zelandeses han sugerido que, llegado el caso, podrían emitir declaraciones de incompatibilidad por iniciativa propia, sus declaraciones no tienen ningún efecto legal sobre el proceso legislativo de Nueva Zelanda.

Hay casos intermedios. En Canadá existe una disposición que contempla el control judicial de las leyes, y los tribunales en ese país –tal como sus pares estadounidenses– pueden negarse a aplicar una ley nacional o local si viola las disposiciones de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades. Pero la legislación canadiense (nacional o provincial) puede redactarse de una forma específica que la protege de este escrutinio: las legislaturas canadienses pueden legislar “no obstante” [*“notwithstanding”*] los derechos establecidos en la Carta.¹¹ Sin embargo, la cláusula de “no obstante” se invoca rara vez en la práctica.

Resulta tentador decir que la distinción entre el control judicial débil y el control judicial fuerte equivale a la distinción entre el “mero” control judicial de la legislación y las afirmaciones de supremacía judicial. Quizá entonces el control judicial fuerte equivale a una afirmación vigorosa de la supremacía judicial. Si alguien dijera esto, supongo que sabríamos a qué se refiere. El término “*supremacía judicial*” no tiene una definición canónica, por lo cual es muy esperable que la gente lo use de diferentes maneras. Pero en el contexto del debate estadounidense, no creo que este uso del término sea encontrado útil. Incluso entre las prácticas de control judicial fuerte, o en las formas de practicar el control judicial fuerte, podríamos querer identificar un subconjunto de ellas que equivalen a la supremacía judicial. Y luego podríamos querer instar o recomendar a quienes están investidos con el poder de realizar el control judicial que eviten cualquier movimiento orientado hacia la supremacía de los jueces.

libertades contenidos en esta Declaración de Derechos, ese significado habrá de ser preferido a cualquier otro.”

11 Canadian Charter of Rights and Freedoms, art. 33. El texto completo de la disposición dice: “(1) El parlamento o la legislatura de una provincia pueden declarar expresamente en una ley del parlamento o de la legislatura, de acuerdo con las circunstancias, que la ley o una de sus disposiciones opere no obstante una disposición incluida en la sección 2 o sección 7 a 15 de esta Carta. (2) Una ley o disposición de la ley respecto a la cual está en vigencia una declaración hecha conforme a esta sección operará como lo haría si no existiera la disposición de la Carta a que se refiere la declaración”. Véase también capítulo 5 de este libro.

No pretendo decir con esto que los tribunales estadounidenses nunca se han inclinado hacia la supremacía judicial. En realidad, creo que lo han hecho de formas diversas. Pero no sólo por el hecho de haber ejercido un control judicial fuerte, sino por *la forma* en que han ejercido el control judicial fuerte.

¿CUÁL ES EL PROBLEMA?

Podría ser útil preguntar: ¿cuál es el problema con la supremacía judicial? ¿Qué es lo malo de la supremacía judicial? Esto suena a que estamos yendo de atrás para adelante, pero si lográramos determinar qué es lo que está mal respecto de la supremacía judicial –qué mal particular se supone que conlleva esta categoría– tal vez sería más fácil definir qué es la supremacía judicial.

(A) EL DESPLAZAMIENTO DEL AUTOGOBIERNO

La preocupación expresada por Abraham Lincoln en su discurso inaugural parecía indicar que existe el peligro de que la Corte Suprema usurpe el poder general de gobierno al pueblo o a sus representantes.

Si la política del gobierno sobre cuestiones vitales que afectan a toda la población ha de ser irrevocablemente determinada por las decisiones de la Corte Suprema, [...] el pueblo habrá dejado de ser su propio gobernante, habrá renunciado en la práctica a su gobierno y lo habrá dejado en manos de ese ilustre tribunal.

El ejemplo que Lincoln tenía en mente de una “cuestión vital que afecta a toda la población” era la política completa de los Estados Unidos sobre la extensión de la esclavitud hacia el oeste del país: una cuestión enormemente importante que debía ser decidida. ¿Se dejaría languidecer a la esclavitud en los estados sureños o ella sería parte de la dinámica de expansión del país?

Aunque es difícil de precisar, podríamos decir que la supremacía judicial es la tendencia de cualquier arreglo institucional que permite que estas cuestiones vitales y divisivas sean resueltas por los tribunales. Desde luego, en un sistema de control judicial fuerte los tribunales siempre

están decidiendo cuestiones importantes: sobre el aborto, la acción afirmativa, la justicia criminal, la libertad de expresión y el carácter de la libertad religiosa, entre otras. Algunas son más importantes que otras, más vitales para el carácter del país. Quienes están a favor del control judicial fuerte creen apropiado que sea un tribunal el que resuelva estas cuestiones. Sin embargo, es posible que crean que existen ciertos límites. El pueblo habrá perdido su poder amplio de autodeterminación y se le arrancará de sus manos la orientación futura del orden social, económico y político si los tribunales empiezan a decidir si el país será capitalista o socialista, o belicista o aislacionista; si los sindicatos están permitidos; si existirá una cultura basada en el conocimiento avanzado o una cultura estrecha de la ignorancia; o —como en el ejemplo de Lincoln— si una parte pequeña o grande de esta economía será esclavista en vez de una economía libre.

En Europa, si quedara en manos de los tribunales decidir si un país sale o se mantiene dentro de la Unión Europea, si algunos países europeos (como España, Holanda o el Reino Unido) deben mantener o abandonar la monarquía constitucional, si se debe adoptar un sistema de libre mercado en oposición a una economía mixta, o si hay que permanecer o no en la OTAN, habría supremacía judicial y no solamente control judicial.

Sería una cuestión de grado, y, por lo tanto, una cuestión de juicio. Pero podemos pensar que los tribunales que ejercen el control judicial son conscientes de este espectro de posibilidades y se preocupan por mantenerse en un ámbito de toma de decisiones más fragmentario y de pequeña escala. Hacia el final del capítulo me explayaré más al respecto y también sobre las estrategias preventivas que podría emplear un tribunal.

(B) SOBERANÍA JUDICIAL: LA REPRODUCCIÓN DEL PROBLEMA DE HOBBS
 “Supremacía judicial” es una expresión; “soberanía judicial” es otra expresión que puede asociarse con la primera. La soberanía judicial podría ser algo que queremos evitar, irónicamente, por el bien del Estado de derecho. Permítanme explicarlo.

Thomas Hobbes estaba convencido de que una sociedad bien organizada tendría en su vértice a un legislador soberano: un comandante sin restricciones (tal vez un monarca, tal vez un parlamento soberano), que gobernaría a través del derecho, pero él mismo no estaría sujeto a límites legales. ¿Cómo podría ser? En cuanto fuente de toda restricción y coerción legítima en la sociedad, no habría nadie que lo restringiera,

más que él mismo. Como Hobbes afirmó en el capítulo 26 de *Leviatán* (1996 [1651]):

El soberano de un Estado, ya sea una asamblea o un hombre, no está sujeto a las leyes civiles, ya que teniendo poder para hacer y revocar las leyes, puede, cuando guste, liberarse de esa ejecución, abrogando las leyes que le estorban y haciendo otras nuevas; por consiguiente, era libre desde antes. En efecto, es libre aquel que puede ser libre cuando quiera. Por otro lado, tampoco es posible para nadie estar obligado a sí mismo; porque quien puede ligar, puede liberar, y por tanto, quien está ligado a sí mismo solamente, no está ligado.

Parece un argumento convincente, y su implacable lógica hobbesiana indica que sería imposible imponer el Estado de derecho al soberano de una sociedad.

Pensamos que podemos lograr algo mejor que esto. Creemos que es posible poner límites al soberano con una constitución y garantizarlos con un tribunal, o con varios. Sin embargo, Hobbes rechazó la lógica del constitucionalismo. Afirmó que es un error pensar que se puede limitar la soberanía con una constitución, porque en realidad habría que hacerlo con otra entidad política, en este caso, un tribunal.

Este error que coloca las leyes por encima del soberano sitúa también sobre él un juez, y un poder para castigarlo; ello equivale a hacer un nuevo soberano, y por la misma razón un tercero, para castigar al segundo, y así sucesivamente, sin tregua, hasta la confusión y disolución del Estado.

Es un argumento de regresión infinita. O se tiene un monarca o parlamento legislativo que es un comandante sin restricciones,¹² o se tiene esta entidad controlada por un tribunal, que sería a su vez un comandante sin restricciones; y si el tribunal no es un comandante sin restricciones, tiene que haber alguna otra entidad que la controle, y así sucesivamente. Como afirmó Hobbes en un texto anterior:

12 Tanto aquí como más adelante, Waldron emplea el juego de palabras *uncommanded commander*. [N. del E.]

En toda ciudad hay algún hombre, o consejo o corte [...] que es supremo y absoluto, limitado solamente por las fuerzas de la ciudad misma y por ninguna otra cosa en el mundo: porque si su poder estuviera limitado, esta limitación tendría que proceder necesariamente de algún poder superior; porque quien prescribe límites debe tener un poder superior al de quien está sometido por ese poder. Este poder que limita es o bien ilimitado o es, de nuevo, restringido por algún otro poder que es aún superior a él, y así llegaremos finalmente a un poder que no tiene límite, que es *terminus ultimus* (Hobbes, 1983 [1651]: II, vi, 18).

Los constitucionalistas –especialmente en los Estados Unidos– piensan que es posible romper con esta rígida lógica hobbesiana al dar poder a un tribunal para que controle la legislación, pero sin otorgarle el poder absoluto de un soberano. Lo único que puede hacer el tribunal es controlar y restringir a los legisladores en varios asuntos; no tiene en sí mismo poder real para legislar; no es un supersoberano, en términos de Hobbes. Como afirmó Alexander Hamilton (2001: n° 78): “El poder judicial [...] no influye sobre las armas ni sobre el tesoro; no dirige la riqueza ni la fuerza de una sociedad, y no puede tomar absolutamente ninguna resolución activa”. Ciertamente, el poder judicial es un comandante sin restricciones en las cuestiones particulares que aborda, pero está lejos de ser un soberano con poder absoluto. La división de poderes constitucional se encarga de que no lo sea.

Esta solución –si es que lo es– al problema hobbesiano resulta precaria. Podemos volver a hundirnos en la regresión hobbesiana cada vez que el tribunal que examina la legislación se arroga el poder de elaborar leyes u otros poderes asociados con la soberanía. Por ende, esta es una posibilidad sombría de supremacía judicial. Un poder judicial supremo corre peligro de convertirse en un soberano o supersoberano hobbesiano: corre peligro de arruinar la solución antihobbesiana al problema de la aplicación del Estado de derecho al poder máximo de una sociedad.

La cuestión de si el poder judicial representa el Estado de derecho o una especie de supersoberano judicial que en sí mismo escapa a la autoridad de aquel es un problema perenne en los estudios sobre el Estado de derecho. ¿Deberíamos pensar el control judicial en sentido fuerte como el epítome del Estado de derecho o, al contrario, como otra parte del propio problema que el Estado de derecho debería resolver? Si creemos en el Estado de derecho, en el gobierno del derecho y no en el gobierno de los hombres, la categoría “hombres” ¿incluye a los jueces de togas

negras sentados en los tribunales? Algunos dirán que –salvo la fantasía de que las leyes puedan tomar sus propias decisiones– lo máximo que podría exigir el Estado de derecho a este nivel son decisiones tomadas por jueces después de una debida deliberación en un tribunal (incluidas las decisiones inapelables de los jueces del tribunal de mayor jerarquía en el país). Esta es, como dije, una solución precaria al problema del Estado de derecho, y los jueces deben cuidarse de no comportarse de una manera que dé la impresión de que son el último poder soberano irrevisable en la constitución.

(C) USURPAR EL PAPEL DE *POUVOIR CONSTITUANT*

Si una sociedad autogobernada tiene una constitución, usualmente es porque la constitución fue redactada y ratificada (y ocasionalmente reformada) por un poder dentro de la sociedad. Muy raramente ese poder es el judicial. Algunas veces es una convención constituyente; otras, es el parlamento, particularmente en países como el Reino Unido, que tiene una Constitución fragmentaria antes que codificada. Allí donde existe una Constitución codificada, suele decirse que fue promulgada por la voluntad del pueblo, convocado, consultado o representado con el propósito de ratificarla. El pueblo, decimos, es el poder constituyente, *le pouvoir constituant*, en el lenguaje del constitucionalismo europeo. *We the People* [nosotros, el Pueblo] hacemos una constitución para nosotros mismos, y, si es necesaria una reforma, “nosotros, el Pueblo” asumimos también esa tarea. Los tribunales, incluso el de mayor jerarquía, no son *le pouvoir constituant*, sino un poder constituido por la constitución. Un *pouvoir constitué*.

Uno de los primeros pensadores de la relación entre *le pouvoir constituant* y *les pouvoirs constitués* fue el “gran arquitecto constitucional de la revolución francesa”, el abate Emmanuel Joseph Sieyès.¹³ Sieyès desarrolló una teoría bastante agresiva sobre la naturaleza de *le pouvoir constituant* (Sieyès, 2003). Pensaba que era o debía ser imposible reducir el poder constituyente a cualquier forma particular. Un procedimiento formal de reforma constitucional como el dispuesto en el art. 161 de la Constitución de Portugal o en el art. V de la Constitución estadounidense puede tener como objetivo definir y controlar el ejercicio de la sobe-

13 Esta descripción de Sieyès pertenece a Carl Schmitt y fue citada por McCormick (1997: 243).

ranía popular. Pero su estatus (el estatus del poder de reforma regulado) sigue siendo el de un *pouvoir constitué*. Es algo que el poder constituyente primario ha creado, antes que algo que redefine lo que el poder constituyente primario es. El pueblo –si es el *pouvoir constituant*– puede escoger cualquier medio que desee para modificar la constitución. Llamaré el *principio positivo de Sieyès*¹⁴ a la afirmación de que el poder constituyente de la soberanía popular desafía a la constitución y puede ser ejercido de cualquier forma y por medio de cualquier vía que el pueblo escoja. Es una tesis muy radical; y es una suerte que no tengamos que referirnos a ella aquí.

Hoy estoy más interesado en una tesis negativa que propuso el propio Sieyès. El principio negativo de Sieyès es el siguiente: un sistema constitucional deberá estar ordenado de tal manera que prohíba (y reduzca la probabilidad de) que cualquier poder constituido reclame para sí el título de *pouvoir constituant*. La idea es que ningún poder constituido pueda ser identificado –o se identifique a sí mismo– directa o indirectamente con el pueblo o reivindique las credenciales del soberano popular. Para Sieyès, el objetivo del principio negativo es en parte reivindicar el derecho único del pueblo de hablar en su calidad de soberano popular. No obstante, es también cuestión de mantener el equilibrio y la integridad en el esquema constitucional: queremos evitar una situación en la que cualquier institución reivindique un espacio preeminente en virtud, por ejemplo, de su carácter representativo o de que su elección haya sido directa. Por supuesto, si el soberano popular ha constituido una democracia, entonces algunos *pouvoirs constitués* serán electos y representativos, y puede ser tentador afirmar que su voz es la voz del pueblo. Es importante evitar esta impresión, según el principio negativo de Sieyès, en particular si la reivindicación va más allá de reafirmar un mandato popular para im-

14 La llamo tesis de Sieyès, aunque era corriente en los tiempos de la redacción de la Constitución de los Estados Unidos. En 1790, James Wilson describió la soberanía popular como “un principio vital” del gobierno estadounidense. “El poder supremo o soberano de la sociedad”, afirmó, “reside en los ciudadanos en general; y [...] estos siempre conservan el derecho de abolir, alterar o reformar su constitución, en cualquier momento y de cualquier forma que estimen conveniente” (McCloskey, 1967: 93). El principio de Sieyès, o algo parecido, también ha tenido impacto en la teoría constitucional moderna de los Estados Unidos: Bruce Ackerman, por ejemplo, realmente invoca el principio positivo cuando insiste en la importancia de los momentos constitucionales inherentemente irregulares en relación con los acuerdos constitucionales existentes. Véase Ackerman (1991: 40-57 y 1998: 99-119).

plementar una política o un programa legislativo. El parlamento puede tener un carácter representativo; pero si habla por el pueblo (en lo que atañe a las cuestiones legislativas) lo hace solamente según los procedimientos establecidos. Como afirma Sieyès:

La asamblea de representantes a la que se le confía el poder legislativo [...] existe solamente bajo la forma que la nación ha decidido darle. No es nada que esté fuera de los artículos de su constitución; solamente a través de su constitución puede actuar, llevar a cabo sus procedimientos y gobernar (Sieyès, 2003: 123).

Políticamente, la cuestión era delicada para Sieyès, ya que previó la posibilidad de que el soberano popular tuviera que hacer su trabajo a través de una asamblea especial de representantes.¹⁵ Esa convención de representantes extraordinarios puede parecerse mucho a un parlamento representativo; y precisamente por esa razón era crucial insistir en la distinción:

Un cuerpo representativo extraordinario es diferente del parlamento ordinario. [...] Este último sólo puede funcionar de acuerdo con formas y condiciones prescriptas. El primero no está sujeto a ningún tipo de procedimiento: se reúne y delibera como la nación misma lo haría, si supusiéramos una nación consistente en una pequeña población que quiere dar una constitución a su gobierno (Sieyès, 2003: 132).

El principio negativo está claramente reflejado en la arquitectura del constitucionalismo estadounidense. Los redactores de la constitución fueron enfáticos en que a partir del hecho de que unas –pero no otras– ramas de gobierno instituidas fueran electas o representativas no debía inferirse que tuvieran un estatus especial en el esquema constitucional. Esto ayuda a explicar por qué Madison insistió en una forma de elección presidencial indirecta (en el mejor de los casos) antes que directamente

15 “Dado que una gran nación no puede físicamente reunirse en asamblea cuando las circunstancias extraordinarias lo hacen necesario, se debe confiar a representantes extraordinarios las potestades necesarias en dichas ocasiones” (Sieyès, 2003: 130). Este era un punto importante de diferencia entre Sieyès y Rousseau; véase Baczkó (1988: 118).

popular, y por qué, al menos inicialmente, pensaba que era imprudente llamar a elecciones directas para la legislatura nacional; desistió de esta opinión (en el caso de la Cámara de Representantes) sólo cuando se hizo evidente que la legislatura nacional tendría que competir por la legitimidad con los parlamentos estatales elegidos de manera directa.

Hasta aquí, la discusión acerca de la aplicación del principio negativo de Sieyès a las instituciones electivas nos lleva naturalmente a esperar que la principal consecuencia de este principio para el debate sobre el control judicial sea el debilitamiento de algunas afirmaciones a favor de las legislaturas. Sin embargo, el principio negativo no aplica *solamente* a las instituciones electivas o representativas. Aplica a todos los *pouvoirs constitués*. Aplica, por ejemplo, al ejército, que en algunos países y en algunos contextos revolucionarios se arroga la voz del pueblo y el derecho único o último de hablar y actuar para la salvación nacional en nombre de la soberanía popular (véase Finer, 1962). Aplica también a los partidos políticos, algunos de los cuales se caracterizan por considerarse no solamente como un competidor más entre otros en la política electoral, sino como “*el* partido revolucionario”: el partido cuya organización, disciplina, determinación y sacrificios habrían conducido a la nación a la propia posibilidad de tener libertad y una constitución. Y con este fundamento afirman tener un derecho especial al apoyo de los votantes y a privilegios especiales en la organización del Estado. Afirmaciones de este tipo no sólo provienen del partido bolchevique en Rusia y partidos comunistas de Asia oriental y Europa central y oriental, sino también de partidos revolucionarios en el hemisferio occidental (el PRI en México, por ejemplo).

Por supuesto, lo que me interesa en este capítulo es la aplicación del principio negativo de Sieyès al poder judicial en cuanto *pouvoir constitué*. Aunque no podamos argumentar –en contra del control judicial– que el parlamento habla en nombre del pueblo, todavía podemos hacer la siguiente pregunta: ¿hasta qué punto los *tribunales* sostienen hablar en nombre del pueblo (violando así el principio negativo de Sieyès) al ejercer sus poderes de control judicial? ¿Hasta qué punto se arrogan la voz del pueblo cuando establecen sus propias interpretaciones y rechazan las interpretaciones constitucionales emanadas de otras ramas del gobierno?

Hay algunos teóricos del derecho y políticos para quienes esta postura es atractiva. Hannah Arendt escribió una vez que la Corte Suprema es “la verdadera sede de autoridad en la república estadounidense”, y añadió que “esta autoridad se ejerce a través de una suerte de creación constitucional continua, ya que la Corte Suprema es ciertamente, según la frase

de Woodrow Wilson, ‘una suerte de asamblea constitucional en sesión continua’” (Arendt, 1982 [1963]: 200).¹⁶ Esta opinión sobre el papel de los tribunales me resulta profundamente alarmante. Es una versión de la supremacía judicial respecto de la cual deberíamos ser extremadamente cautelosos.

* * *

De modo que ya tenemos tres explicaciones de lo que podría haber de malo en la preeminencia del poder judicial:

1. el desplazamiento del autogobierno;
2. la reproducción del problema hobbesiano sobre el Estado de derecho; y
3. la usurpación del rol de *pouvoir constituant* en lo referente a la constitución.

Si bien aquí las presento como tres posibilidades separadas, obviamente están conectadas y cualquiera puede ser descripta en el lenguaje apropiado de las otras. En todas se percibe cierta sensación de peligro de que la autoridad judicial desbalanee la constitución, aprovechándose del poder de los tribunales para revisar el trabajo de otras instituciones y de ese modo establecer su preeminencia en el esquema constitucional. Estas tres posibilidades nos brindan diferentes formas de describir ese predominio:

1. dominación del gobierno;
2. hegemonía por encima de la ley; y
3. poder para definir y redefinir la constitución.

En lo que sigue, daré por sentado que estos son aspectos a evitar. Sin embargo, los tribunales pueden caer fácilmente en estos roles, de manera que es tiempo de analizar cómo podría pasar esto y qué se puede hacer para evitarlo.

¹⁶ Según Arendt, la cita de Wilson proviene de Corwin (1958: 3).

CÓMO PODRÍA EL PODER JUDICIAL INTENTAR HACERSE SUPREMO

Sería un error pensar que este problema puede resolverse simplemente aconsejando a los jueces que no sean demasiado activistas en su trabajo y que se apeguen a la letra del texto de la constitución que, se supone, deben defender. “Activismo” en este contexto tiene muchos significados y a menudo es una forma simple de menospreciar las decisiones judiciales con las que no se está de acuerdo. Además, como ha argumentado Ronald Dworkin, los términos de la constitución pueden exigir que un tribunal sea activista: la fidelidad a la constitución y el activismo judicial pueden ser ideas que operan del mismo lado. Todo depende de la propia constitución y de lo que esta haya incluido. Aun así, el poder judicial puede ver su rol de manera más o menos expansiva, y debemos comenzar por esto en nuestro catálogo de los métodos por los cuales puede perseguirse una aspiración a la supremacía judicial.

La práctica del control judicial se asocia por lo general a una declaración de derechos, que mayormente enuncia cosas separadas que las distintas ramas del gobierno no deben hacer. Es interesante que estos elementos se presenten usualmente dentro de una lista, y no como una plataforma integrada o una política coherente. Pienso que esto es importante y valioso, y que nos puede ayudar a entender cómo pueden salir mal las cosas respecto del control judicial; de qué forma puede inclinarse la balanza hacia la supremacía judicial.

Mientras los tribunales se limiten a los elementos particulares incluidos en la lista –libertad de expresión, libertad de cultos, debido proceso, privacidad, no discriminación, derechos reproductivos, entre otros– y los aborden uno por uno a medida que surjan en casos particulares, no habrá mayor peligro de supremacía judicial. Por supuesto, pueden existir objeciones democráticas incluso respecto a los elementos que figuran en la lista (en los términos expuestos en Waldron, 1999c, en el capítulo 2 y en otros textos). Los tribunales decidirán cuestiones de importancia social sobre las cuales existe un desacuerdo serio entre las personas, entre sus representantes y, por cierto, también entre los jueces. No estoy abandonando esta crítica, pero dije que la dejaríamos de lado para el propósito de este capítulo. Mi estrategia es analizar cuándo es que el carácter antidemocrático del control judicial se incrementa al punto de convertirse en una reivindicación de la supremacía judicial; estoy afirmando, por ahora, que este es el abuso mayor.

Mi primera sugerencia es que el control judicial se inclina hacia la supremacía judicial cuando los tribunales comienzan a pensarse y presentarse como persiguiendo un *programa* o una *política* coherente, en lugar de limitarse a responder, a medida que surgen, a los abusos particulares identificados como tales por una declaración de derechos. Sé que esta afirmación contradice buena parte de la teoría constitucional. Los teóricos suelen aseverar que los jueces deben tener una visión integral de la constitución como un todo —como un programa coherente de principios— y deben buscar, en los casos sucesivos, impulsar este programa en un frente amplio. El programa en cuestión puede encarnar una visión amplia progresista o liberal, o quizá una visión global de una sociedad de libre mercado conservadora. Creo que cuanto más piensen los jueces de esta manera sobre su trabajo, mayor será el peligro de que se impongan ellos mismos y su poder particular irrevisable como la plataforma preeminente desde la cual se determinarán los contornos generales del buen gobierno.

Pienso que los jueces deben ser particularmente cuidadosos al respecto cuando la constitución incluye derechos económicos y sociales positivos al igual que derechos civiles y políticos, porque puede ser más difícil separar los derechos económicos y sociales de una visión programática. Pero se puede lograr. No quiero que este primer punto sea interpretado como un rechazo a la inserción de derechos económicos y sociales en una constitución (me refiero, por ejemplo, a los arts. 53 a 79 de la Constitución de Portugal). Estos derechos son muy importantes. Sin embargo, no debería interpretarse que su presencia en la constitución otorga poder a los jueces para perseguir una visión global de la justicia social, o algo semejante.

No es exactamente este el argumento de Abraham Lincoln en el fragmento de su discurso inaugural citado en este capítulo. Allí, Lincoln contrastó la dimensión particular y general de la decisión judicial de una forma ligeramente diferente. Afirmó que, cuando los tribunales dirimen una disputa constitucional, su decisión debe por supuesto ser obligatoria para las partes que han acudido al derecho para resolver su conflicto: “Esas decisiones deben ser obligatorias en cualquier caso para las partes en litigio en relación con el objeto de ese litigio”. Pero Lincoln insinuó que es precisamente allí donde la verdadera autoridad del tribunal debía terminar. Por supuesto, el razonamiento del tribunal en la disputa particular “merece”, dice Lincoln, “gran respeto y consideración por parte de las otras ramas del gobierno en todos los casos similares”. El peligro es que se transforme en un precedente amplio, puesto que, si es erróneo, será

mucho más difícil dejarlo sin efecto.¹⁷ Lincoln estuvo cerca de sugerir, entonces, que es el precedente —el principio de *stare decisis*, según el cual la decisión tomada por un tribunal se vuelve obligatoria para los que están situados debajo— lo que convierte al control judicial en supremacía judicial. Pienso que se equivoca en este aspecto.¹⁸ En un sistema legal de estilo estadounidense, el funcionamiento de algo como el *stare decisis*

- 17 Lincoln sostuvo: “Y aunque obviamente es posible que esa decisión pueda ser errónea en cualquier caso dado, el efecto negativo que produce, al estar limitado a ese caso concreto, con la posibilidad de ser dejado sin efecto y de que no se convierta jamás en un precedente para otros casos, puede soportarse mejor de lo que podrían soportarse los efectos negativos de una práctica distinta”.
- 18 Por razones similares, no adoptaré la definición de supremacía judicial acuñada por mi colega de la Universidad de Nueva York, Barry Friedman. La supremacía judicial, según Friedman, significa que “una interpretación de la Corte Suprema obliga a las partes más allá del caso específico, incluidos otros actores gubernamentales del orden estatal o nacional” (Friedman, 1998: 352). La idea parece ser que un tribunal tiene supremacía siempre que su decisión sobre la constitucionalidad de una medida legislativa L , en un caso C_1 , tenga vigencia más allá de C_1 . Pareciera, según esta definición, que deberíamos estar dispuestos a hablar de supremacía judicial siempre que las interpretaciones judiciales sean citadas como autoridad en casos diferentes del que les dio lugar. Si un tribunal federal en C_2 muestra deferencia ante la decisión de un tribunal superior (u otro de su misma jerarquía) en C_1 respecto a la constitucionalidad de L , ello pareciera cumplir con la definición de Friedman. No obstante, lo antedicho es insatisfactorio por las siguientes razones. En primer lugar, según el entendimiento ordinario del control judicial, una decisión en C_1 según la cual L es inconstitucional tiene el efecto de “invalidar” L y de impedir que tenga (o que la parte que se encontró inconstitucional en C_1 tenga) cualquier efecto en cualquier otro caso. Ahora bien, en sentido estricto, esta es una concepción errónea. Un tribunal estadounidense no tiene poder para eliminar una ley de los libros oficiales o para emitir un fallo contra una ley; incluso en el caso de una violación manifiesta, el tribunal no tiene poder formal para revocar la ley o (como en algunos sistemas de Europa continental) para ordenar a alguien que derogue la ley. L se mantiene formalmente en los libros oficiales y el compilador prudente de leyes la incluirá también en las ediciones posteriores (véase Fallon, 2000: 1339). De hecho, los jueces disidentes pueden ocasionalmente amenazar con aplicar la ley en cuestión a casos posteriores, a pesar de haber sido “invalidada” por la mayoría de sus colegas. Véanse las palabras de cierre del disenso del juez Scalia en “Dickerson c. United States”, 530 U. S. 428 (2000), p. 465: “Me aparto de la decisión de hoy y, hasta que la disposición párr. 3501 sea derogada, continuaré aplicándola en todos los casos en que haya evidencia sustantiva de que la confesión del acusado fue voluntaria”. Si tiene algún sentido la creencia popular de que una disposición legal (L) ha sido “invalidada” por los tribunales, es que los tribunales posteriores (en C_2 , C_3 ,... etc.) seguirán al tribunal de C_1 negándose a aplicar L en los casos que se les presenten. Dado que este es el control judicial ordinario tal como se lo entiende comúnmente, podemos inferir que el hecho de que C_1 funcione como precedente no puede definir la supremacía judicial.

—por el cual los tribunales jerárquicamente inferiores están limitados por las decisiones de los tribunales de mayor rango, y estos últimos deben dar mayor peso a sus decisiones previas— no es en sí mismo la clave de la supremacía judicial. Esto es así porque el precedente también puede operar de manera estrecha, de manera consistente con la disciplina anti-programática a la que me refiero. Podemos aceptar la fuerza vinculante de cierta decisión como precedente —por ejemplo, una decisión anterior de un tribunal que establece que el baile del *striptease* equivale a la libertad de expresión— sin embarcarnos en un programa general de acción social ni tampoco suscribirlo. Es sólo cuando el control judicial empieza a involucrar este tipo de visiones programáticas que se dirige hacia la supremacía judicial. Si esto ocurre, dará lugar a preocupaciones similares sobre la supremacía judicial a las que tenía Lincoln sobre el desplazamiento del autogobierno, o a la preocupación de que se está elevando al tribunal al nivel de un soberano hobbesiano irrevisable.

Entonces, el control judicial no debería entenderse como una oportunidad de implementar amplios programas sociales por medio de decisiones en casos sucesivos. Igualmente, los jueces no deberían pensar que es su tarea oponerse a la visión, programa o política general de las ramas del gobierno votadas en elección popular. Es responsabilidad de estas últimas configurar y perseguir programas sociales a esa escala. La tarea de los jueces es simplemente reconocer e identificar abusos; oponerse al programa como un todo no es su responsabilidad. Tengo en mente aquí la posición adoptada por la Corte Suprema de los Estados Unidos contra la legislación económica y social en la llamada “era Lochner”. La definimos en referencia a un caso particular¹⁹ pero se trató de un período extenso de la historia constitucional estadounidense, desde la década de 1880 hasta finales de la década de 1930, en que los tribunales estatales y federales invalidaron una ley tras otra —cerca de ciento setenta en total— que constituían un programa progresista de mejora social y económica. La Corte adoptó una postura de amplia oposición al programa perseguido por las ramas electas del gobierno, y con esta actitud estableció una suerte de “enfrentamiento” —una lucha de poder— con ellas. En mi opinión, la Corte no debió meterse en esa situación.

Algo que ocurrió durante la era Lochner fue que las legislaturas continuaron promulgando una ley tras otra, incluso ante el ejercicio del poder de control judicial por parte de los jueces para invalidar las leyes

19 “Lochner c. New York”, 198 U. S. 45 (1905).

sucesivas casi apenas eran expedidas. De este modo, las ramas electas del gobierno no sólo mostraban que estaban decididas a perseverar en su visión progresista, sino también que creían que el programa era constitucional. Las mayorías judiciales que seguían invalidando esas leyes fueron claramente sordas al mensaje; no estaban preparadas para aceptar que las otras ramas del poder político —como asimismo una minoría de sus compañeros jueces— sostuvieran una interpretación del derecho constitucional diferente de la que ellas propugnaban.

Así que esta es otra de las maneras en que el control judicial puede tender a la supremacía judicial: cuando los jueces sólo prestan atención a su propia idea de la constitución, como si ellos fueran sus *propietarios* y las otras ramas de gobierno y el pueblo en general no tuvieran derecho a opinar al respecto. Esta actitud puede verse en el carácter repetitivo (caso a caso) de la era *Lochner* o puede surgir en algunos casos individuales de gran importancia, cuando los tribunales abordan con desdén los puntos de vista constitucionales expresados por otras ramas del gobierno.

El término “constitucionalismo popular” se utiliza a veces en los Estados Unidos para transmitir el argumento de que los tribunales no deberían tener el monopolio del pensamiento y la interpretación constitucional. Mark Tushnet, profesor de Harvard, escribió un excelente libro titulado *Taking the Constitution Away from the Courts* (Tushnet, 2000; véase también Kramer, 2005). No se refiere a descartar la Constitución o a abandonar cualquier sentido de restricción constitucional, sino a las formas en que el pueblo y las ramas electas del gobierno pueden asumir la responsabilidad de interpretar y aplicar la Constitución en sus propias deliberaciones en lugar de ceder esa responsabilidad a los tribunales.

Ahora bien, todos sabemos que esto no va a suceder; no hay forma de arrebatarse la Constitución a los tribunales. Pero *de todos modos* podemos fomentar el constitucionalismo popular permitiendo que las ramas electas de gobierno tomen también sus propias decisiones, conduzcan sus propios debates y —como los jueces— voten sobre la constitucionalidad de las medidas que se presentan ante ellas. Entonces, la pregunta es: ¿qué actitud deberían tener los tribunales frente al constitucionalismo popular, sea del pueblo o de sus representantes? Y es allí, de nuevo, donde la posibilidad de la supremacía judicial asoma su desagradable cabeza.

En los Estados Unidos, que se presenta como la república constitucional más desarrollada en el mundo, los tribunales han adoptado una actitud despectiva hacia las opiniones constitucionales de las otras ramas de gobierno. En el caso “*Cooper c. Aaron*” (1958), la Corte Suprema

afirmó su supremacía en los siguientes términos: habló sobre “el principio básico de que el poder judicial federal es supremo en la exposición del derecho de la Constitución”, y afirmó que este principio de supremacía judicial “ha sido respetado por esta Corte y el país”, desde comienzos del siglo XIX, “como un rasgo permanente e indispensable de nuestro sistema constitucional”.²⁰

A continuación, un ejemplo ilustrativo. En 1990, en un caso llamado “Employment Division c. Smith”,²¹ la Corte Suprema de los Estados Unidos modificó la forma en que se entendía la garantía constitucional de la libertad religiosa.²² Los filósofos liberales se debaten desde hace mucho tiempo entre dos concepciones distintas de la libertad religiosa:

1. se trata del derecho a verse libre de toda legislación que pretenda limitar la práctica religiosa; o
2. del derecho a verse libre de toda legislación que limite la práctica religiosa propia, con independencia de que esta limitación sea intencional.

El texto de la Constitución de los Estados Unidos no implica un compromiso con ninguna de estas opciones, pero cualquier sociedad que respeta la libertad religiosa debe necesariamente decidir entre ellas. Antes de “Smith”, parecía que los tribunales estadounidenses se habían comprometido con algo parecido a la opción (2),²³ pero la mayoría en “Smith” parece haber rechazado (2) y adoptado la interpretación menos generosa de la libertad religiosa (1). Sin embargo, el Congreso estadounidense tenía su propio punto de vista al respecto. En 1993, en respuesta a la decisión de “Smith”, aprobó la Ley de Restauración de la Libertad Religiosa [Religious Freedom Restoration Act –RFRA–], que establecía que la opción (2) era la mejor forma de entender la libertad religiosa. Pero cuatro años después, cuando el tema volvió a la Corte Suprema, en “City of Boerne c. Flores”,²⁴ la Corte Suprema se apejó a su decisión de adoptar la opción (1), desechando la opinión del Congreso en los siguientes términos (en palabras del juez Kennedy):

20 “Cooper c. Aaron”, 358 U. S. 1 (1958), p. 18.

21 “Employment Division c. Smith”, 494 U. S. 872 (1990).

22 Véase también el capítulo 5 de este libro.

23 “Sherbert c. Verner”, 374 U. S. 398 (1963).

24 “City of Boerne c. Flores”, 521 U. S. 507 (1997).

Nuestra experiencia nacional enseña que la Constitución se preserva de la mejor manera cuando cada rama del gobierno respeta tanto la Constitución como las acciones y determinaciones apropiadas de las otras ramas del gobierno. Cuando la Corte Suprema ha interpretado la Constitución, ha actuado dentro del ámbito de competencia del Poder Judicial, que conlleva el deber de decir qué es el derecho (“Marbury c. Madison”, 1 Cranch, p. 177, 2 L. Ed. 60). Cuando las ramas políticas del gobierno actúan en el contexto de una interpretación judicial de la Constitución ya formulada, debe entenderse que en los casos y controversias posteriores la Corte tratará sus precedentes con el respeto que merecen según principios establecidos, incluido el *stare decisis*, y que se deben descartar las expectativas en contrario. La RFRA fue diseñada para controlar casos y controversias como el que enfrentamos; pero dado que las disposiciones de la ley federal invocadas aquí exceden la autoridad del Congreso, es este precedente de la Corte, no la RFRA, el que debe controlar la cuestión.²⁵

A *esto* me refiero cuando hablo de una afirmación de supremacía judicial: la nación enfrenta una decisión importante acerca de cómo concebir un valor central; el texto constitucional no ofrece una guía explícita; los tribunales se enfrentan a la cuestión en una serie de casos; mientras se desarrolla esa serie de casos, el legislativo nacional debate el tema y ofrece su opinión; pero aunque esa opinión del legislativo juega un papel importante en el debate nacional sobre una cuestión crucial, el tribunal de mayor jerarquía decide que son *su propio* razonamiento, *sus propios* precedentes y *su propia* doctrina los que deben prevalecer; así, una cuestión importante que nunca había sido resuelta de manera explícita en la Constitución queda ahora resuelta en forma decisiva y exclusiva por el razonamiento de un tribunal.

He venido discutiendo estas afirmaciones de supremacía judicial principalmente en cuanto al desplazamiento del autogobierno popular y a la posibilidad de que la Corte se esté convirtiendo en una especie de entidad hobbesiana, que mantiene a la legislatura soberana en su lugar, por supuesto, pero que se constituye a sí misma como un supersoberano

25 *Ibíd.*, pp. 535-536.

irreversible, cuyo poder sobre las otras ramas no incluye ninguna concesión en cuanto a que estas ramas puedan tener una opinión válida acerca de la constitucionalidad de sus acciones. El último caso que quiero citar nos lleva también hacia el peligro identificado por el principio negativo de Sieyès (el tercero que mencioné). Me refiero al peligro de que los tribunales empiecen a pensarse como la voz de la constitución o como la voz del pueblo que hizo la constitución.

En una sentencia sumamente importante y concienzuda acerca del aborto,²⁶ una pluralidad²⁷ de jueces de la Corte Suprema estadounidense reflexionó sobre las obligaciones de su cargo, en particular en lo concerniente a mantener alguna constancia y adhesión a los precedentes en los casos constitucionales. No entraré en los detalles sustantivos —sobre si deberían estar dispuestos a revisar la decisión del caso “Roe c. Wade”, de 1973—, pero esto fue lo que dijo esa pluralidad acerca de cuál era su responsabilidad en la materia: “Explicar por qué dejar sin efecto la decisión central de ‘Roe’ [...] debilitaría seriamente la capacidad de la Corte [...] de funcionar como la Corte Suprema de una nación consagrada al Estado de derecho” y reduciría “la aceptación popular de que el poder judicial es apto para determinar el significado del derecho de la nación y para declarar lo que este exige”. Los jueces prosiguieron:

Como el carácter de un individuo, la legitimidad de la Corte se debe ganar a lo largo del tiempo. Por cierto, también se debe ganar el carácter de una nación compuesta por personas que aspiran a vivir de acuerdo con el Estado de derecho. Su creencia de que son esa clase de pueblo no es fácilmente separable de su comprensión de la Corte como un organismo investido de autoridad para decidir sus casos constitucionales y *hablar antes que todos los demás en nombre de sus ideales constitucionales* (el destacado me pertenece).

26 “Planned Parenthood of South East Pennsylvania c. Casey”; decidida en 1992, 505 U. S. 833 (1992).

27 En la Corte Suprema de los Estados Unidos, la adopción de una decisión exige al menos una mayoría de cinco jueces. Sin embargo, tal como ocurre en otros tribunales, es posible que los jueces que coinciden en el resultado (la decisión) no coincidan en el razonamiento. Cuando ningún razonamiento (u opinión) recibe la adhesión de una mayoría de jueces, se denomina razonamiento de la “pluralidad” al que recibe mayor adhesión. [N. del E.]

Este es un pasaje intrigante porque no sólo identifica el Estado de derecho con la preeminencia de la Corte (en desafío al argumento hobbesiano), sino que además insiste en que la nación necesita aceptar que la Corte debe “hablar antes que todos los demás” en nombre de los ideales constitucionales del pueblo.

Si la posibilidad de supremacía judicial es preocupante, entonces sería mejor que los tribunales no hablaran de sí mismos en estos términos. Sería mejor que no pregonaran su preeminencia sobre las otras ramas de gobierno, como parecen hacer en casos como “Casey”, “City of Boerne” y “Cooper c. Aaron”. Sin embargo, el problema no es sólo la retórica judicial —la retórica acerca de su carácter de guardián de la Constitución—. La opinión de la Corte acerca de su rol se vuelve particularmente problemática cuando queda asociada con una versión de lo que a veces se denomina la concepción del *árbol vivo* de la Constitución que administra.²⁸ La concepción del árbol vivo entiende que el papel de los tribunales incluye el poder de revisar nuestro entendimiento de la constitución, de modo de hacerlo avanzar y adaptarlo a nuevas realidades y nuevos valores. Considera a los tribunales, entonces, como redactores o reformadores de la constitución con el derecho no sólo de “hablar antes que todos” en lo que concierne a la constitución tal como existe, sino también de hablar antes que todos en lo que concierne a la constitución tal como se está volviendo o tal como debería ser. Si esto coloca a la constitución por debajo de la Corte, ello significa que automáticamente instituye a la última como la verdadera cima del sistema constitucional, quedando el derecho constitucional, al menos en parte, bajo su control. Y esto suscita preocupaciones legítimas acerca de la soberanía hobbesiana de la Corte y acerca de su usurpación sieyèsiana.

Es un tema delicado. No toda concepción denominada “*árbol vivo*” o “constitución viva” incurre en esta dificultad. Estos términos a veces se usan para expresar la noción de que los tribunales deben tomar en serio —no deben retroceder ante— la invitación, implícita en el lenguaje vago o evaluativo que las constituciones a menudo emplean, a hacer juicios morales con voz propia sobre, por ejemplo, la “crueldad” del castigo o lo “irrazonable” de un procedimiento de cateo y secuestro. Acepto el argumento de Ronald Dworkin en cuanto a que, cuando el lenguaje se usa de esta manera (como se lo hace, por ejemplo, en las enmiendas Octava y Cuarta, respectivamente,

28 La concepción del *árbol vivo* o viviente (surgida en Canadá) sostiene que la constitución es una suerte de organismo que evoluciona y que, por ende, es legítimo que las interpretaciones de sus cláusulas se desarrollen y “crezcan” dentro de ciertos límites. [N. del E.]

de la Constitución de los Estados Unidos), la responsabilidad de formular los juicios de valor relevantes recae en los jueces del siglo XXI; ellos no tienen la obligación ni tampoco el derecho de prestar deferencia a la forma en que se habrían hecho estos juicios en 1791, cuando esas enmiendas se introdujeron (Dworkin, 1996). Eso no es supremacía judicial: son los jueces que cumplen con las instrucciones que les da la constitución.²⁹

Pero si un tribunal va *más allá* de esto y desarrolla nuevos puntos de vista acerca de lo que (según el tribunal) la constitución debería haber prohibido (aunque no lo hizo) y toma decisiones sobre la base de esos puntos –para actualizar la constitución– entonces el documento constitucional deja de ser el fundamento para restringir el poder del tribunal. El tribunal es ahora ilimitado, y en este sentido es un soberano hobbesiano, más allá del alcance del Estado de derecho. El tribunal impone ahora su opinión acerca de cómo debería ser una constitución del siglo XXI, y en este sentido está adoptando el papel de *pouvoir constituant*.

Quienes propugnan la teoría del *árbol vivo* o de la constitución viva rara vez expresan si están o no satisfechos con lo que implica la supremacía judicial. Se limitan a afirmar que no podemos quedarnos atrapados en las formulaciones congeladas de hace un siglo o más (o, en el caso de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, deberíamos decir que no podemos quedarnos atrapados en las formulaciones congeladas de hace unas pocas décadas):

La lógica de los “conceptos congelados” va en contra de uno de los fundamentos principales de la interpretación constitucional canadiense: que nuestra Constitución es un árbol vivo que, a través de la interpretación progresiva, acoge y aborda las realidades de la vida moderna (Consulta *Same-Sex Marriage* 2004 SCC 79 en párr. 22, [2004] 3 SCR 698, 9 de diciembre de 2004).

Debemos permitir que la Constitución crezca, se afirma. Sería absurdo que hoy nos gobernaran las doctrinas del pasado. Tal vez sea cierto. Sin

29 Por lo tanto, cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos afirma, como ocurrió en “*Trop c. Dulles*” (1958), que “las palabras de la Octava Enmienda no son precisas y que su alcance no es estático”, y que “la Enmienda debe extraer su significado de los estándares de decencia en evolución que marcan el progreso de una sociedad madura”, no lo considero una forma problemática de documento de tipo árbol vivo. Porque la Enmienda exige que el juez pronuncie un juicio sobre lo que es cruel; no lo constriñe a emitir un juicio sobre lo que se pensaba que era cruel en el pasado.

embargo, me gustaría oír algún reconocimiento de los costos que acarrea este enfoque. Y lo que he venido haciendo en los últimos párrafos es afirmar que debemos entender esos costos no sólo en términos del control judicial activista sino en los términos más problemáticos de la soberanía judicial y la supremacía judicial.

Concluiré entonces con algunas advertencias contra quienes permiten que su aprobación del control judicial —o al menos su aceptación de que es necesario— se convierta en entusiasmo por la supremacía judicial, que otorga a los jueces poder de gobierno. De forma inversa, una advertencia en contra de permitir que la aceptación de los límites a la democracia y a la legislación democrática se convierta en indiferencia general respecto de si la posición de las ramas de poder elegidas por el pueblo está siendo totalmente desplazada, y, como resultado, la constitución está siendo desbalanceada.

AUTOGOBIERNO, ESTADO DE DERECHO Y SOBERANÍA POPULAR

Todos los poderes del control judicial fuerte de la legislación conllevan algún costo en términos de democracia. Un tema en particular se quita de las manos del pueblo o de sus representantes electos y se somete al veto de una institución no elegida. Mucha gente cree que esto se justifica para la protección de los derechos y para prevenir una tiranía de la mayoría.

La discusión sobre la supremacía judicial debe ir más allá de los términos familiares de este debate sobre el control judicial. Si los jueces se atribuyen un poder de veto amplio y fundamental sobre las políticas generales del gobierno y sobre los términos de la constitución, entonces los costos no pueden entenderse sólo como una pérdida concreta para la democracia. Es una pérdida en términos del proyecto más amplio de autogobierno; de la posibilidad de que el Estado de derecho rija también en la esfera más alta de la sociedad (que hoy se entiende que ocupan los jueces); y de la soberanía popular, que debe ser el locus de la responsabilidad última por la constitución.

Al poner énfasis en estas tres dimensiones, y en las conexiones existentes entre ellas, espero haber podido expresar por qué la supremacía judicial, o la tendencia del control judicial a la supremacía judicial, debe considerarse un mal específico en los arreglos institucionales de un país.