

REVISIÓN JUDICIAL: LA PERSPECTIVA DE UN JUEZ*

Stephen Breyer

En esta conferencia el juez Breyer, de la Corte Suprema de Estados Unidos, examina tres objeciones tradicionales a la potestad que tienen los jueces norteamericanos de revisar la constitucionalidad de las leyes. Según la primera de estas objeciones, permitir a los jueces invalidar leyes dictadas por los representantes es antidemocrático, por cuanto la opinión de los jueces, funcionarios no elegidos, valdrá más, entonces, que la de los representantes. En segundo lugar, se objeta el carácter subjetivo de dicho proceso de toma de decisiones judiciales, dado que los jueces decidirán los casos conforme a sus ideas sobre cómo debe interpretarse la Constitución. Y, en tercer lugar, se objeta que es poco operativo, ya que las decisiones de la Corte Suprema deberán ser aplicadas a innumerables casos por innumerables funcionarios en circunstancias imposibles de prever. El juez Breyer sostiene que aun cuando esas críticas no pueden ser refutadas, su importancia puede ser restringida. El argumento central de este artículo, en consecuencia, está dirigido, más que a ofrecer tal refutación, a evaluar en qué medida esas objeciones justificarían una posición contraria o favorable a la institución de la revisión judicial de constitucionalidad.

STEPHEN BREYER. Juez Asociado, Corte Suprema de los Estados Unidos.

* Texto de la Conferencia en Memoria de H. L. A. Hart, dictada por el juez Stephen Breyer en el University College, Oxford, el 7 de mayo de 1998. Traducción del inglés de Fernando Atria Lemaitre.

Al iniciar esta conferencia no puedo sino recordar este auditorio hace 38 años, cuando un grupo de estudiantes, entre ellos yo mismo, observaba al profesor H. L. A. Hart, de pie en el podio, con su cabeza ladeada con ese inusual y cuidadosamente peinado rizo, manuscrito en mano, que comenzaba a dictar una serie de clases que luego se convertirían en *El concepto de derecho*. Este libro ha tenido una influencia enorme, como muchos de sus otros escritos. Estoy pensando, en particular, en su debate con Lord Devlin sobre derecho y moralidad. Reconozco que es un honor haber sido invitado a dictar la conferencia anual que honra la memoria del profesor Hart, y me gustaría comenzar reconociendo la considerable deuda que yo y muchos otros tienen con su lúcido pensamiento y su cuidadoso análisis del derecho.

También debo reconocer que el profesor Hart podría objetar que yo, un juez, esté en la mejor posición para considerar los méritos de mi propio sistema legal. Después de todo, él distinguía cuidadosamente entre una perspectiva ‘interna’ y otra ‘externa’ en relación a un sistema jurídico. Mientras la primera era la de un actor del sistema (un juez, un abogado, un ciudadano), como tal directamente receptivo a los cánones evaluativos del propio sistema, la segunda era la de un observador que, desde fuera del sistema, ofrecía descripciones de éste ‘libres de valor’ o ‘evaluadas independientemente’. Yo temo que habré de mezclar las dos. Como juez norteamericano, no puedo escapar completamente a la primera. Y el auditorio ante mí está compuesto por personas que, espero, escucharán lo que diga desde la segunda. Ustedes están considerando cambios a su sistema jurídico que pueden dar a sus jueces un papel más independiente en la interpretación y la implementación de una carta de derechos [bill of rights]. Así, pueden ustedes tomar lo que van a escuchar como materia prima, que los ayude a evaluar esas proposiciones a la luz de sus propios objetivos. Asumiendo la diferencia entre nuestras perspectivas, voy a tratar de describir nuestro sistema de revisión judicial [judicial review] de una manera ‘relevante’ —quizás como una receta para *poulet a la reine*, criticada por el pollo, pero útil para un cocinero extranjero.

La descripción que voy a ofrecer intentará ayudarlos a evaluar una importante crítica de la ‘revisión judicial independiente’, expresión que uso para referirme a la autoridad que es dada a los jueces para invalidar leyes sobre la base de que ellas violan disposiciones de una constitución escrita. Este sistema, dicen sus críticos, reemplaza la decisión de los legisladores por la decisión de los jueces. Los jueces no son elegidos, ellos interpretan un lenguaje altamente abstracto (e.g., la palabra ‘libertad’), y trabajan en

una torre de marfil. Los resultados de este sistema son antidemocráticos, subjetivos e inviabil.

No puedo rebatir completamente esta crítica, porque ella es válida —pero sólo, como dice el editor en *Scoop*, de Evelyn Waugh, “hasta un cierto punto, Lord Copper, *hasta un cierto punto*”. Mi objetivo esta tarde es ofrecerles algunos comentarios y ejemplos que, expresados desde el punto de vista de un juez en ejercicio de su cargo, espero les serán útiles para determinar precisamente dónde se encuentra ese punto y cuál es su importancia. Voy a describir la ‘anomalía democrática’ tratando de fijar los límites del problema ‘democrático’. Luego, considerando especialmente decisiones que son todavía significativamente ‘antidemocráticas’, intentaré ilustrar con discusiones y ejemplos cómo un juez puede encontrarse con restricciones [constraints] que hacen que los problemas de la ‘subjetividad’ y de la ‘inoperatividad administrativa’ [administrative unworkability] sean menos serios de lo que habitualmente se piensa.

Para comenzar permítanme recordarles varias de las características de nuestra Corte Suprema y nuestra Constitución, con las cuales muchos de ustedes estarán familiarizados. Lo hago por su relevancia para nuestra discusión posterior. Primero, los miembros de la Corte reflejan diversas procedencias y puntos de vista. Los cargos quedan vacantes con poca frecuencia porque un Presidente debe nombrar, y el Senado confirmar, a cada uno de sus nueve miembros (actualmente siete hombres, dos mujeres) ‘de por vida’. Los jueces americanos típicamente comienzan su carrera judicial a mediana edad con experiencia previa de otras actividades. Ocho de los actuales jueces se desempeñaron como jueces en cortes inferiores y, antes de eso, seis se desempeñaron como abogados en el gobierno; cuatro en la práctica privada; cuatro como profesores de derecho. Siete fueron nombrados por presidentes republicanos; dos por presidentes demócratas. La duración del período por el que son elegidos, así como el proceso de nominación tienden a garantizar la diversidad de opiniones en materias constitucionales.

En segundo lugar, el rol de la Corte en la producción de decisiones judiciales es limitado. Una gran parte de nuestro trabajo se refiere a la resolución de conflictos de cortes inferiores sobre la interpretación de la legislación federal. Dicha legislación —la Constitución federal, leyes del Congreso, acciones de agencias federales— es en sí limitada, dado que los cincuenta estados, no el gobierno federal, son responsables por una parte significativa del derecho norteamericano, incluyendo el derecho de familia, de propiedad, de contratos, de responsabilidad extracontractual [tort law], casi todo el derecho penal, y casi todas las otras áreas del derecho comer-

cial. Quizás algo así como el 95% o más de todos los procedimientos judiciales se realizan en cortes estatales. Además, dentro del área del derecho federal, nosotros conocemos sólo de un puñado de casos. Recibimos alrededor de 7.600 solicitudes cada año; conocemos de y decidimos menos de 100 (en total, cada año pueden haber más de 10 millones de casos en las cortes de los Estados Unidos).

En tercer lugar nuestras decisiones, como las decisiones de tribunales supremos o constitucionales en otros países, tienen una importancia jurídica y práctica considerable. En parte eso es porque, tal como la House of Lords, los casos de los que conocemos son, por definición, aquellos que presentan cuestiones jurídicas abiertas, con poderosos argumentos en ambos sentidos. En parte es porque nuestras decisiones, de hecho, son finales. En parte es porque nuestra historia incluye ciertas decisiones, como las que se refieren a la desegregación [desegregation], o a la reconfiguración de distritos electorales, que han cambiado la vida de la nación. Me referiré más abajo a la forma en que el hecho de que nuestras decisiones sean finales puede afectar lo que hacemos. Por ahora, simplemente tengan presente el hecho de que nuestra Corte está constituida por un número reducido de hombres y mujeres de diversas opiniones y procedencias, nominados vitaliciamente, que deciden un número pequeño de casos que tienen que ver con el derecho federal, y cuyas decisiones usualmente constituyen la última palabra y tienen un impacto práctico considerable.

Permítanme recordarles también varias características importantes de nuestra Constitución. Ese documento, adoptado en 1789 y modificado de modo importante después de nuestra guerra civil en el siglo XIX, estableció el gobierno federal y, al hacerlo así, creó una estructura democrática de gobierno. Inicialmente incluía: delegación explícita de poderes al gobierno federal (reservando todo el resto a los estados); distribución de los poderes gubernamentales (entre tres ramas del gobierno federal); protección de ciertas libertades civiles (como libertad de expresión, prensa y religión, y contra allanamientos, registros e incautaciones no razonables) de interferencia federal; y garantías de procedimientos debidos y equitativos para quienes fueran amenazados de ser perseguidos criminalmente. Las enmiendas introducidas a la Constitución después de la guerra civil extendieron el ámbito de estas garantías, protegiéndolas de infracciones cometidas por gobiernos estatales; y confirieron a los ciudadanos individuales la garantía adicional de un tratamiento equitativo e igualitario por todo el gobierno.

Para nuestro propósito es importante recordar también que: el documento es corto —siete artículos, 27 enmiendas. A menudo su lenguaje es abierto —e.g., “ningún estado podrá quitar a ninguna persona la vida, la

propiedad o la propiedad, sin el debido proceso legal; ni negar a ninguna persona [...] la igual protección de las leyes”. Es difícil de modificar —las modificaciones normalmente requieren el voto afirmativo de 2/3 de cada cámara del Congreso más el acuerdo por 3/4 de los estados (o una ‘convención’ especial). Y no es simplemente un conjunto de aspiraciones, sino un documento jurídico que crea reglas con fuerza jurídica.

Las interpretaciones judiciales de la Constitución tienen fuerza vinculante y no pueden ser invalidadas por decisiones legislativas (excepto a través del proceso de reforma constitucional). El poder de las cortes para invalidar leyes por inconstitucionalidad, incluyendo leyes del Congreso, descansa sobre una interpretación judicial de la Constitución, que la Corte adoptó hace casi 200 años, en *Marbury vs. Madison*. La autoridad de la Corte para declarar inválidas las leyes contrarias a la Constitución es aceptada hoy en día. El público acepta prácticamente todas las interpretaciones judiciales del documento, incluso aquellas que son controvertibles, impopulares o de mérito discutible.

En suma: el documento que crea la estructura es corto, general, permanente y efectivo.

Permítanme ahora describir la ‘anomalía democrática’, un asunto central al modo en que ciudadanos, profesores de derecho constitucional y jueces piensan sobre la toma de decisiones constitucionales, y que aparece frecuentemente como tema de debate académico y público. Al centro de esta anomalía se encuentra la cuestión de por qué una democracia —un sistema político basado en la representación y la responsabilidad [accountability]— debería entregar la decisión final, o casi final, a jueces —es decir, a funcionarios no elegidos, independientes y aislados del impacto directo de la opinión pública.

Puedo estrechar la anomalía apuntando al hecho de que todo gobierno, para adquirir cierta flexibilidad, necesariamente envuelve el ejercicio de potestades delegadas. Dada la posibilidad de la delegación, las leyes no necesariamente han de reflejar la opinión de un electorado determinado; así como la legislación que toma la forma de tratados, regulaciones y decisiones administrativas tampoco reflejará necesariamente las opiniones de una legislatura particular. Las democracias también delegan potestades a los jueces —y es correcto que así lo hagan. ¿Quién querría condenar a una persona acusada de homicidio sobre la base del voto popular? Tampoco podría uno razonablemente abogar por un sistema de derecho civil que cambiara instantáneamente para reflejar las opiniones de una mayoría popular, por cuanto el derecho así producido carecería de la estabilidad que requiere toda forma de gobierno sometida al derecho. En todo caso, cual-

quiera democracia real contiene muchas instituciones (e.g., el Senado) y procedimientos (e.g., antigüedad) no mayoritarios.

Puedo estrechar aún más la anomalía apuntado al hecho de que muchas decisiones judiciales no-constitucionales son, en algún sentido, inmunes a la revisión legislativa. Consideraciones prácticas como la falta de tiempo o de interés por el parlamento o la popularidad de una decisión judicial tienen como consecuencia el que la legislatura normalmente no invalidará la decisión de un juez sobre la interpretación de una ley aun cuando ella tiene el poder jurídico de hacerlo. En realidad, muchos países han usado este efecto retardante y la popularidad de las decisiones judiciales favorables a los derechos humanos para crear formas especiales de protección judicial que son teóricamente consistentes con la soberanía del parlamento. Así, en Israel, los derechos humanos son protegidos a través de una ley que, en principio, el Parlamento israelí podría modificar; el derecho canadiense permite al Parlamento de ese país aprobar nuevamente, por simple mayoría, una ley previamente declarada inconstitucional; y Nueva Zelanda autoriza a los jueces solamente a ‘recomendar’ al Parlamento que revise una ley violatoria de derechos básicos.

He estrechado la anomalía, pero ésta todavía existe. De hecho, uno podría sostener que los sistemas recién descritos todavía contienen esa anomalía en la medida en que ellos ofrecen protección especial contra la voluntad mayoritaria. En todo caso, nuestro sistema no permite invalidación legislativa de las decisiones judiciales (excepto en el caso de la reforma constitucional). ¿Es posible ‘resolver’ lo que queda de la ‘anomalía’ aceptándola y luego tratando de justificarla? Permítanme recordarles algunos ejemplos clásicos de hacer esto.

Algunos han sostenido, por ejemplo, que muchos, aunque no todos, de los derechos básicos garantizados por nuestra Constitución son precondiciones importantes de un sistema democrático de gobierno. La garantía de la libertad de expresión, por ejemplo, al permitir a los ciudadanos el acceso a incluso los más extraños puntos de vista, asegura a los votantes la oportunidad de decidir informadamente. Muchas de las garantías de ‘igual protección’ implican que el gobierno no dará un peso indebidamente diferente a la voz de un ciudadano sobre la de otro.

Otros han alegado que la Constitución norteamericana, con su distribución de poderes entre muchas unidades gubernamentales diferentes, necesita de un ‘árbitro’ (es decir, los tribunales) para evitar que una de esas unidades actúe más allá de sus atribuciones, invadiendo las de otra. Sostienen otros que ‘democracia’ simplemente *es*, no sólo el gobierno de la mayoría, sino también la protección de los derechos de la minoría —un

método, por ejemplo, de prevenir que el ‘pueblo borracho’ deshaga lo que el ‘pueblo sobrio’ ha hecho. Dada la historia del siglo veinte y sus muchos casos de gobiernos incapaces de resistir demandas populares en contra de las minorías y en contra de la democracia, uno puede concebir la revisión judicial como un tipo de contrapeso institucional, uno que ayuda a estabilizar el tipo de democracia del que muchas naciones en el mundo gozan hoy en día.

Estos argumentos, sin embargo, no son suficientes para reconciliar la revisión judicial con la democracia ‘mayoritaria’. Por ejemplo, algunas cláusulas constitucionales como la prohibición contenida en la octava enmienda de ‘castigos crueles e inusuales’, o la protección otorgada por la decimocuarta enmienda a ciertos aspectos de la vida familiar que están dentro del ámbito de la palabra ‘libertad’. Tampoco es fácil justificar la determinación independiente por jueces de exigencias similares, basadas ya en palabras constitucionales como ‘libertad’ (e.g., la exigencia de un ‘derecho a morir’ constitucionalmente protegido), ya en las palabras de una decisión de la Corte que interpretó esas palabras (como la exigencia de la implementación constitucionalmente requerida de un decreto de la Corte prohibiendo ciertos tipos de discriminación racial) sobre la base de que estas exigencias son necesarias para la preservación de la democracia. Y, por supuesto, en cierto sentido, por el solo hecho de sentir que es necesario justificar esta ‘anomalía’ uno ha admitido el problema.

Así las cosas, me gustaría seguir estrechando el ámbito del problema. Nuestra judicatura, consciente de la anomalía, intenta minimizar su impacto a través del uso de reglas, estándares o cánones que reconocen el problema. Por ejemplo, el estándar de constitucionalidad aplicable a las leyes atiende especialmente no a la sabiduría de la ley, sino a su constitucionalidad, lo que normalmente tiene que ver con la ‘racionalidad’ de la ley; la regla (*‘stare decisis’*) para determinar cuándo invalidar un precedente es menos estricta en asuntos constitucionales que en asuntos legales; un canon de interpretación requiere que las cortes intenten salvar una ley interpretándola en una forma que evite un problema constitucional serio. Hay otros modos de restringir el problema. Yo creo que es también importante tomar nota del hecho de que los jueces, conscientes de la anomalía, a menudo intentan, a través de su actitud interpretativa, reflejar la prioridad constitucional de la toma de decisiones legislativas, incluso en los casos que no son cubiertos claramente por algún canon interpretativo.

Por mucho que lo haya estrechado, sin embargo, en definitiva queda un importante conjunto de casos —por ejemplo, casos que se refieren a la privacidad o a la libertad religiosa— que pueden requerir de nosotros que,

al interpretar o aplicar la Constitución, frustramos los objetivos expresos de la legislatura. Quiero referirme ahora a este conjunto de casos —aquellos en los cuales hay una tensión inevitable entre la voluntad de la legislatura electa y el trabajo de un juez no elegido. ¿Implica la toma de decisiones de los jueces, en estos casos, una toma de decisiones subjetiva, inviable —o, retornando a Lord Copper, hasta qué punto?

Ustedes saben que el lenguaje, la historia y los precedentes podrán resolver muchas cuestiones constitucionales. Además, algunos destacados jueces constitucionales han creído que, incluso en casos más difíciles, un solo factor, como el lenguaje de la Constitución, o su historia, pueden constituir restricciones significativas a la toma subjetiva de decisiones. Por mi parte, sin embargo, no puedo encontrar una piedra de toque en ninguno de estos factores. En cambio, creo que una apreciación realista de la subjetividad de esta toma de decisiones debe considerar ciertas restricciones, relacionadas entre sí, que voy a describir en cinco partes siguiendo un ejemplo.

Primero, los jueces de una Corte constitucional, como todos los jueces, encuentran restricciones en las ‘reglas’, cánones, principios e instituciones de la práctica judicial misma. El juez Learned Hand respondía a la acusación de ‘subjetividad’ aludiendo a “esos libros”. Yo creo que él usaba esa expresión metafóricamente para incluir (en materias del *common law*) la tradición del *common law*, y (en asuntos relativos a la legislación) lenguaje, estructura, historia, precedente, propósito y consecuencias —todos los cuales permiten al juez encontrar una ‘mejor’ respuesta así como una ‘peor’ incluso a las cuestiones legales más complejas, aun cuando el lenguaje es abierto (como lo es, por ejemplo, la expresión “contrato, combinación o conspiración para restringir el libre comercio” contenida en la legislación antimonopolios).

Segundo, como es el caso en cualquier arte, la experiencia al mismo tiempo enseña e impone restricciones a los practicantes. Y los jueces de una corte constitucional desarrollan un tipo especial de experiencia. Nuestro trabajo es de un tipo diferente al de la mayoría de las cortes de primera instancia, por cuanto a diferencia de esas cortes nosotros no debemos establecer hechos ni aplicar el derecho a hechos ya establecidos. Es también de un tipo diferente a un aspecto del trabajo que realizan las cortes de apelaciones, ya que nosotros no revisamos las decisiones de cortes de primera instancia buscando errores en la forma en que ésta ha aplicado un derecho previamente establecido a los hechos de un caso particular. Como el presidente de la Corte Suprema, el juez Taft, sostuvo en 1921, “los litigantes [...ya] han tenido dos oportunidades”. Lo que nosotros hacemos de modo

más frecuente es conocer de y decidir casos que envuelven conflictos de interpretación entre cortes inferiores, produciendo así un derecho nacional uniforme. Ese tipo de trabajo de ‘interpretación del derecho’ se parece al de las cortes de apelaciones cuando se refiere a la legislación. Nuestro trabajo se diferencia al de ellas cuando nosotros interpretamos la Constitución. Como todas las cortes federales y estatales tienen el poder de interpretar la Constitución, la diferencia es una de grado, no de tipo. Pero es una de un grado considerable, porque las cuestiones abiertas en derecho constitucional se convierten en una dieta corriente en nuestra Corte. Y la diferencia de grado es importante por cuanto la experiencia, la sistematicidad y la diversidad de la dieta constitucional naturalmente llevan a un juez a tratar de ver, y entender, la Constitución como un todo coherente.

Tercero, ese esfuerzo lo lleva a uno, en mi opinión, a ver la Constitución como un ‘marco’ —un concepto que yo creo juega un rol comparable en la toma de decisiones constitucionales al de la noción de ‘intención legislativa’ en la interpretación de la legislación, o ‘pericia institucional comparada’ [comparative institutional expertise] en derecho administrativo. El concepto actúa como una limitación funcional, porque casi siempre de lo que se trata es de determinar, no si la ley es sabia (e.g., si la posesión de pistolas debe ser regulada o si está permitido a los médicos ayudar a un paciente a cometer suicidio), sino quién tiene el poder jurídico de tomar esa decisión: ¿el individuo o el gobierno?, ¿el gobierno federal o el estatal?, ¿el poder legislativo, el ejecutivo o el judicial? Y nos recuerda (como también nos lo recuerda nuestro pequeño tamaño y nuestra limitada agenda) que una decisión constitucional que distribuye poderes debe durar, a despecho de las condiciones políticas del día, por muchos años.

El concepto actúa como una limitación substantiva en el sentido de que los artículos de la Constitución (leídos conjuntamente) crean un marco para un *cierto tipo* de gobierno: un gobierno caracterizado por el estado de derecho [rule of law]; por la responsabilidad democrática en la toma de decisiones; por la protección de libertades humanas básicas; por procedimientos equitativos [fair procedures]; y por una amplia descentralización de los poderes gubernamentales (entre distintos niveles y ramas del gobierno) para asegurar que ningún grupo pequeño de individuos adquiera demasiado poder. Este marco, cuando es considerado substantivamente, ayuda a explicar el sentido de ciertas disposiciones individuales, como también ayuda el origen histórico de cada disposición, dado que ese origen típicamente cuenta una historia que sirve al juez para identificar el objetivo o valor central de la disposición. De ahí el juez puede extraer una clave interpretativa que promete un cierto grado de consistencia interpretativa a

través del tiempo, a pesar de que el contenido de frases muy generales, como ‘comercio interestatal’ o ‘equidad fundamental’ [fundamental fairness], puede ser hoy en día dramáticamente diferente al que ellas tenían hace doscientos años. Acepto que mi descripción de un marco de gobierno, por así decirlo, viable, democrático y liberal (en el sentido de proteger libertades), así como mis descripciones de los ‘valores centrales’ de ciertas disposiciones puede sonar abstracto. Esas características, sin embargo, y particularmente cuando son entendidas como formando un marco coherente, pueden ayudar a guiar la respuesta de un juez a cuestiones concretas, excluyendo algunas respuestas y destacando los méritos de otras.

Cuarto, constituye también una restricción la necesidad de que cada decisión tenga un lugar adecuado dentro de lo que podríamos llamar el ‘tejido’ jurídico, un tejido que está vinculado, a través de intenciones y consecuencias, a la conducta humana. Esto quiere decir, en cierto sentido y repitiendo el primer punto, que cada decisión jurídica interactúa (uno podría decir ‘horizontalmente’) con otras decisiones, principios, estándares, prácticas y arreglos institucionales, siempre modificando la ‘red’ del derecho; y cada decisión afecta (uno podría decir ‘verticalmente’) la manera en que esa red afecta al mundo. Los jueces deben tomar en cuenta los efectos ‘verticales’ tanto porque disposiciones jurídicas concretas tienen propósitos concretos que guían la interpretación jurídica como porque las instituciones jurídicas están diseñadas para ayudarnos a nosotros a resolver los problemas humanos que requirieron su existencia.

Quiero sugerir, sin embargo, que, en relación con asuntos constitucionales, las consideraciones de los efectos ‘verticales’, es decir, las consecuencias en el mundo real de las interacciones ‘horizontales’, tienen un rol particularmente importante. Para escribir un voto, uno podría, por ejemplo, preguntar no sólo las obvias cuestiones ‘horizontales’ sobre el lenguaje, la historia y el precedente, sino también cuestiones ‘verticales’ como: a) ¿Irá a ser la decisión de la Corte implementada por cortes inferiores, abogados, funcionarios de gobierno y otras instituciones, como empresas y sindicatos, que tienen la obligación de guiarse por la opinión de la Corte, dotada de autoridad? Una disposición constitucional que excluye en juicios criminales la evidencia ilegalmente obtenida, por ejemplo, ¿debe ser aplicada a funcionarios judiciales que por negligencia no verifican una lista de sospechosos generada computacionalmente, sobre la base que una regla así sería uniforme y fácil de administrar, o debe excluirlos sobre la base de que incluirlos es administrativamente innecesario?; b) ¿Qué temas o ‘música’ producirá el lenguaje retórico de una decisión de la Corte? Consideren los importantes efectos prácticos que, más allá del contenido de la decisión, el

uso de una palabra como ‘soberanía’ o metáforas como ‘el foro público’ pueden tener, por ejemplo, en casos relacionados con tribus indígenas o libertad de expresión. Piénsese, también, en los desastrosos efectos prácticos sobre la vida norteamericana de la frase ‘separados pero iguales’, y los esfuerzos de la Corte para purgar el derecho de las implicaciones de esa frase en la sociedad segregada que ella contribuyó a producir; c) ¿Qué efecto tendrá la decisión sobre las relaciones entre las cortes y otras importantes instituciones del gobierno? ¿Cómo afecta la forma en que la propia Corte funciona?; d) ¿Debe la decisión fundarse sólo en los hechos estrechamente caracterizados —para evitar, por ejemplo, vinculaciones con otros ‘temas’— cuando las consecuencias son desconocidas, o cuando esa vinculación puede inducir al público a error, o una fundamentación tan estrecha impedirá que la Corte genere ningún principio importante?

En definitiva, ¿cuál es el impacto en el mundo real de la decisión de la Corte (su efecto, no su popularidad), considerado desde el punto de vista de los objetivos constitucionales básicos?

Las respuestas a estas cuestiones prácticas imponen restricciones a los jueces. Cuando aparecen discrepancias serias entre el mundo descrito en términos de los objetivos fundamentales de la Constitución y el mundo que una decisión concreta de la Corte contribuyó a crear, la regla constitucional va a cambiar. La Corte Suprema, por ejemplo, notó en 1954 que la cláusula de igual protección de la Constitución no podía tolerar la sociedad segregada que las decisiones previas de la Corte y su doctrina de “separados, pero iguales” habían contribuido a establecer. Ella correctamente invalidó esos casos, indicando así que la interpretación de la Constitución es un proceso en marcha, iterativo y autocorregible.

Quinto, la necesidad de un juez de tener consistencia a través del tiempo es también una fuente de restricciones. La jueza O’Connor ha dicho que las primeras decisiones de un juez crean una huella que las decisiones posteriores deben seguir. Además, el proceso de nominación probablemente asegura que los jueces tienen conciencia, a través de su experiencia previa, de la historia de la nación y su legado cultural. Estos hechos, combinados con la diversidad de opiniones y la longevidad de los períodos, ayudan a disminuir los cambios radicales en la actitud de la Corte frente a problemas constitucionales.

Permítanme ofrecer un ejemplo diseñado para identificar una área donde historia, lenguaje y precedente no resuelven la cuestión fácilmente —una área de subjetividad potencial—, e ilustrar así cómo algunos de estos factores restrictivos [constraining factors] operan.

Consideren el caso, decidido por la Corte en 1995, *U.S. Term Limits vs. Thornton*. Este caso se centró en los requisitos constitucionales de membresía en la Cámara de Representantes, a saber, que

[n]adie podrá ser Representante si no es mayor de 25 años y no ha sido ciudadano de los Estados Unidos por siete años, y si no será, una vez elegido, habitante del estado por el cual es elegido.

El estado de Arkansas promulgó una ley que prohibía a un candidato elegible conforme a la disposición constitucional recién citada postular si había servido en el parlamento por tres períodos (de dos años) consecutivos. ¿Es este ‘límite a la reelección’, aprobado por los votantes de Arkansas en una elección estatal, consistente con la Constitución federal? ¿Es la enumeración contenida en la Constitución —edad, ciudadanía y residencia— cerrada o pueden los estados agregar requisitos adicionales?

Los factores ‘no subjetivos’ ordinarios que guían la interpretación están en un equilibrio casi perfecto. El lenguaje constitucional, leído literalmente, ayuda un poco a Arkansas, por cuando está formulado negativamente (“nadie podrá ser un Representante si no...”), pero es todavía posible entender el texto como conteniendo una lista exclusiva. Los precedentes dañan a Arkansas un poco, porque la Corte en un caso anterior (cuya historia incluía la lucha de John Wilkins por un asiento en el parlamento) sostuvo que las tres exigencias de la Constitución eran exclusivas; pero ese caso se refería sólo al poder constitucional del Congreso federal para agregar requisitos, no a las limitaciones constitucionales a la autoridad de los estados para ello.

La historia tampoco solucionaba el problema. Entre los padres fundadores, Alexander Hamilton escribió que las “exigencias contenidas en la Constitución [...] están definidas y fijadas [...] y no son alterables por la legislatura”. Y James Madison parecía estar de acuerdo al decir que “ninguna calificación de riqueza, nacimiento o creencia religiosa” podía “restringir el juicio del pueblo”. Pero Thomas Jefferson dijo que la Constitución “no declara [...] que el miembro no será un lunático, un indigente o un convicto [...] o un no residente del distrito; tampoco prohíbe a los estados agregar éstas, o cualquier otra descalificación [...]”. Jefferson argumenta a favor de una lectura abierta al preguntar por qué la Constitución debería prohibir a los estados descalificar lunáticos y convictos, mientras Madison argumenta a favor de una lectura cerrada al preguntar por qué una Constitución democrática permitiría a los estados descalificar postulantes sobre la base de su riqueza o clase. Otro empate.

La práctica a través de la historia muestra que en 1879 varios estados establecieron requisitos basados en la propiedad para los legisladores, pero sólo uno (Virginia) lo hizo en relación con legisladores *federales*. También muestra que varios estados insistieron en el requisito de la residencia, no sólo en el estado sino que en el distrito local, pese a lo cual el Congreso (con muchos votos disidentes) decidió que este tipo de requerimiento era contrario a la Constitución. Otro empate.

Ninguna otra disposición constitucional soluciona el problema. La décima enmienda favorece la posición de Arkansas, por cuanto dispone que los “poderes no delegados a los Estados Unidos” están “reservados a los estados” (o al pueblo). Pero el hecho de que el cargo en cuestión era un cargo federal daña la posición de Arkansas, por cuanto uno podría esperar que la Constitución federal sea la que especifica las calificaciones necesarias para acceder a un cargo federal. Todavía cerca de un empate.

Si es correcto que los argumentos de lenguaje, precedente, historia, propósito y estructura (explicados en 150 páginas del fallo) estaban equiparados, ¿qué podría haber determinado el resultado? ¿Hemos llegado a una zona donde el juez decide ‘como quiera’ —una zona de ‘preferencias subjetivas’? Hay que tomar en cuenta el hecho de que el problema, como la mayoría de las cuestiones constitucionales, se refiere a la distribución del poder: ¿tiene un estado individual el poder de determinar cuáles son los requisitos, o reside ese poder sólo en el Congreso y los estados conjuntamente, actuando a través del procedimiento de reforma constitucional? La decisión de la Corte tendría probablemente profundos efectos en el mundo: decidir contra Arkansas habría impuesto un obstáculo significativo a cualquier cambio a los límites de reelección. Decidir a favor de Arkansas probablemente habría llevado a un cambio significativo en la composición y el funcionamiento de la legislatura federal aumentando en forma dramática la renovación en esos cargos. Y es difícil prever si un cambio así significaría más ‘democracia’ (e.g., produciendo legisladores que están más ‘en contacto’ con sus ‘bases’) o menos democracia (e.g., haciendo más difícil para los votantes responsabilizar a legisladores individuales o sus partidos por lo que ocurre a través del tiempo).

Estas consecuencias, consideradas desde el punto de vista del marco constitucional, ayudan a generar una respuesta —aunque una que puede variar entre jueces. Mientras mayor sea la medida en que uno entiende que la Constitución establece una forma de gobierno estable en el tiempo, mayor será la medida en que permitir a los estados fijar los límites a la reelección aparecerá como un cambio mayor (con consecuencias institucionales impredecibles pero ciertamente importantes) en el funcionamiento de

ese gobierno, y mayor será la medida en que uno probablemente estará inclinado a creer que la intención de la Constitución es que un cambio estructural de esa magnitud deba basarse sólo en el amplio consenso que sostiene una enmienda constitucional. Mientras mayor sea la medida en que uno entiende que la división de poderes contenida en la Constitución insiste en la influencia, la autoridad y el poder continuado de los estados, mayor será la medida en que uno tienda a creer que la Constitución, sin enmienda, permite a un estado imponer requisitos adicionales.

Puedo entender cómo la experiencia de un juez, así como sus opiniones expresadas en decisiones anteriores, es decir, las ‘huellas’, pueden ser relevantes al momento de decidir cuál de los dos ‘elementos’ o políticas recién mencionados tiene más peso en la mente de un juez particular. Y puedo entender que la cuestión plantea un problema en que los argumentos están muy equilibrados —uno en el cual nuestra Corte falló 5 contra 4 contra Arkansas. Pero me parece difícil caracterizar la conclusión resultante como particularmente ‘política’ o particularmente ‘ideológica’ o incluso altamente ‘subjetiva’ en el sentido en que suelen usarse esos términos. Diferencias de perspectiva reflejan más bien visiones algo diferentes del mismo marco constitucional; diferencias en énfasis reflejan tal vez diferencias de experiencia o proveniencia que son inevitables, quizás altamente deseables, entre jueces.

No he mencionado todavía la tercera parte de la crítica clásica —la asociada con la operatividad administrativa [administrative workability]. Concluiré con dos ejemplos que se centran en lo que he llamado el problema de la ‘torre de marfil’. Ellos ilustran la necesidad y la dificultad de considerar preocupaciones administrativas prácticas en la toma de decisiones constitucionales. El primer ejemplo se centra en una forma en que la Corte busca implementar el derecho constitucional administrativamente. En un reciente caso relacionado con la Internet, la Corte consideró el problema de la constitucionalidad de una ley que hacía responsable de un crimen al que “sabiéndolo” transmitiera a través de la Internet una descripción de actividad sexual “patentemente ofensiva” (es decir, una ‘comunicación indecente’), a un “receptor” que se supiera tenía “menos de 18 años”. ¿Violaba esta ley la prohibición contenida en la primera enmienda contra leyes que “limiten [...] la libertad de expresión”?

Aquí, así como en otros asuntos relacionados, la Corte empieza a responder clasificando la actividad del gobierno en una de tres categorías. Cuando la primera categoría, llamada ‘examen estricto’, es aplicable, la Corte presume que la Constitución ha sido violada, salvo que el gobierno pueda justificar su acción como necesaria para servir un ‘interés imperioso’

[compelling interest] que no puede ser servido mediante mecanismos ‘menos restrictivos’. Cuando se aplica la segunda categoría, llamada ‘examen intermedio’, la Corte busca justificar la acción del gobierno en términos de ‘intereses importantes’ que no “limitan la expresión más que lo que es necesario para servir ese interés” (esto es parecido a un ‘examen de proporcionalidad’ europeo). Cuando se aplica la tercera categoría, llamada ‘base racional’, la Corte asume que la ley es válida a menos que ella no pudiera ser vista como conectada racionalmente a algún interés permisible para el gobierno.

La Corte clasificó la ley relativa a la Internet en la primera categoría, ‘examen estricto’, porque ella regulaba el contenido de la expresión (quizás incluso el de obras literarias o científicas). Ella aceptó la justificación del gobierno, la necesidad de proteger a los niños, como ‘imperiosa’. Pero la Corte encontró que la ley violaba la Constitución sobre la base de que los niños podrían ser protegidos de otras maneras ‘menos restrictivas’, como requiriendo marcas electrónicas que podrían hacer significativamente más fácil para programas censores, como Nanny-Net, dejar afuera lo que los padres consideraran indeseable.

Para mis propósitos ahora, yo quiero que ustedes consideren las tres categorías, no su aplicación. Ustedes habrán notado que yo no expliqué claramente dónde, cómo y cuándo ellas se aplican. De hecho, mi descripción es ambigua porque no especifica si la palabra ‘examen’ [test] y los calificativos que la acompañan constituyen sólo una señal para los jueces con una precisión similar a la de una señal de tránsito, o si ellas constituyen una instrucción jurídica más precisa sobre la envergadura de la justificación, o quizás ellas establecen algún tipo de presunción legal. Estas ambigüedades una vez llevaron al juez Thurgood Marshall a sugerir (en relación con la segregación racial y la cláusula de igual protección) que la Corte debería usar simplemente un examen, el de ‘base racional’ (porque la segregación no es racional), aplicado conforme a una especie de escala móvil. ¿Cuál es el sentido de multiplicar niveles y exámenes si el uso de una sola palabra, ‘racional’, podría producir los mismos resultados?

La respuesta es administrativa. La Corte es, como he dicho, un órgano pequeño capaz de decidir sólo un puñado de casos. El sistema jurídico es muy grande; los que dependen de él son muchos; las circunstancias de hecho son muy variadas; y la necesidad de decisiones prontas es grande. Si usáramos sólo una noción, como ‘base racional’, nosotros deberíamos ilustrar cómo se usa aplicándola a muchas y variadas circunstancias, que es el método del *common law*. Y eso implicaría perder la orientación administrativa que la regla permite, incluso con un crudo sistema de ‘tres

niveles'. ¿Justifica esta eficacia constitucional los costos que implica, en términos de la sobresimplificación, las rigideces y la consecuente necesidad de refinamiento que crea la existencia de los exámenes en tres niveles? Ésta es una cuestión constitucional 'administrativa' fundamental, a la que la Corte ha respondido 'sí'.

Consideren un segundo ejemplo, constituido por la difícil cuestión de cómo aplicar la protección de la libertad religiosa contenida en la primera enmienda (el gobierno no podrá "limitar [...] la libertad de religión") a leyes con un propósito puramente 'secular', es decir, leyes que no pretenden interferir con la práctica de ninguna religión pero que en los hechos tienen ese efecto. En 1963, en *Sherbert vs. Verner*, la Corte, aplicando un 'examen estricto', dijo que la primera enmienda exigía al gobierno crear excepciones en esas leyes de "propósito secular" para permitir la práctica sincera de cualquier religión, a menos que una ley sin excepciones fuera requerida por un "interés imperioso" que no puede ser satisfecho en formas "menos restrictivas". La Corte sostuvo que una ley estatal de seguro de desempleo [state unemployment compensation law] que exigía a los beneficiarios trabajar incluso los días sábados debía hacer una excepción para quienes el sábado era Sabbath. En 1990, sin embargo, en *Employment Division vs. Smith*, la Corte repudió el examen contenido en *Sherbert*. Dijo que la primera enmienda no requería ninguna excepción basada en la religión en una ley con un propósito secular. Los estados pueden dictar y hacer cumplir leyes en la medida en que ellas no estén dirigidas a prácticas religiosas, aun cuando ellas incidentalmente afectan esas prácticas. En consecuencia una ley estatal que deniega el seguro de desempleo a consumidores de droga *no* necesita contener una excepción para indígenas americanos que usan peyote, una droga alucinógena, con propósitos sacramentales. En un caso de 1996, varios miembros de la Corte sugirieron que *Smith* debía ser reexaminado.

Las consideraciones administrativas juegan un rol importante en esta disputa, por cuanto cualquier interpretación debe satisfacer la exigencia constitucional de que el gobierno proteja la libertad de religión y, a su vez, como lo he dicho precedentemente, sea operativo. Los jueces constitucionales reconocen que sus decisiones tendrán que ser entendidas y aplicadas por miles de jueces y abogados y funcionarios públicos a cientos de casos diferentes. Ellos deben, en consecuencia, preguntarse si la regla de 'examen estricto' de *Sherbert* va a ser impracticable, plagando el vasto cuerpo de legislación estatal y federal de muchas excepciones demasiado fáciles de invocar. Por el contrario, ¿es la regla del 'propósito secular' contenida en *Smith* demasiado restrictiva, gravando la práctica religiosa de

un modo no razonable incluso cuando podría haber una vía administrativamente simple para que los funcionarios oficiales estableciesen excepciones (a una regulación de estacionamiento, por ejemplo)? ¿Hay alguna vía intermedia? No estoy defendiendo ninguna regla en particular. Estoy aludiendo a las cuestiones que los jueces deberían preguntarse y, por lo tanto, al significado de la ‘operatividad administrativa’ —a cómo ella tiene impacto en las decisiones de los jueces, incluso si ellos trabajan en una ‘torre de marfil’.

Los tribunales constitucionales a través del mundo se preguntan cada vez más cuestiones similares. ¿Deben las autoridades seculares, por ejemplo, crear excepciones a leyes seculares para acomodar prácticas religiosas —una excepción, por ejemplo, a las reglas sobre uniforme escolar para permitir a las niñas musulmanas el uso del *chador*; a las reglas del tránsito, para un grupo religioso que quiere marchar un día de fiesta religioso; a las reglas que regulan el consumo de alcohol o las drogas, para un grupo religioso que usa el peyote o el vino con un propósito sacramental? Las respuestas a estas preguntas varían así como varían las costumbres y las historias. En Francia uno puede apelar a la tradicional función secularizadora del sistema educacional; en la India uno podría apelar a la necesidad histórica de mantener el pluralismo religioso. En todo caso, si la idea hoy cliché de un mundo cada vez más pequeño significa que se dependerá más del poder limitador que tienen los jueces, también significa cada vez mayores similitudes en la manera en que esos jueces enfrentan las restricciones que determinan el derecho y que los conducen a sus decisiones, aunque las decisiones a las que lleguen no sean las mismas. Y este hecho lleva a mi conclusión.

He tratado de poner en perspectiva las críticas clásicas: ‘antidemocrático’, ‘subjetivo’, ‘impracticable’. Ya que el sistema interpretativo que describo no es mecánico sino que depende del juicio humano, ya que las restricciones sólo constriñen en cierta medida, y ya que la Corte en ocasiones se ha equivocado seriamente, no puedo negar que esas críticas tienen cierta validez —“hasta cierto punto”. En la medida en que formas democráticas de gobierno se hacen cada vez más extendidas, por ejemplo en América Latina y en lo que era el bloque oriental, uno podría preguntarse por qué han tratado crecientemente las sociedades democráticas de crear judicaturas independientes con autoridad final, o casi final, para interpretar documentos legales básicos que garantizan derechos fundamentales.

La respuesta obvia es que crecientemente estas naciones han evaluado las críticas contra algo que ellos ven como una necesidad, una necesidad de protección de libertades básicas y de un gobierno democráticamente

estructurado. Ésta es una necesidad que una judicatura independiente puede ayudar a satisfacer. Una judicatura independiente puede protegerlos ayudando a desarrollar gradualmente en los ciudadanos y legisladores hábitos protectores de la libertad, basados parcialmente en la expectativa de que leyes que atenten contra la libertad no serán, en definitiva, leyes. Y esa protección puede parecer particularmente necesaria en una nueva democracia o en una con un alto grado de diversidad entre los ciudadanos o grupos minoritarios importantes. Una judicatura independiente puede también proteger a través del tipo de fuerza —basada, en definitiva, en hábitos y expectativas— que una corte puede usar cuando, enfrentada a una ley que *claramente* viola la constitución, esa corte dice ‘no’.

Varios meses atrás escuché al juez Kennedy en la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York dar la bienvenida a los miembros del tribunal constitucional de Rusia a una profesión que al mismo tiempo era solitaria y demandaba “coraje”. Él no estaba entonces refiriéndose a la necesidad de resolver difíciles cuestiones de trazar líneas correctamente; más bien se refería al coraje requerido para proveer, en ciertos momentos y en ciertos lugares, respuestas apropiadas a claras violaciones.

Estos beneficios, considerados a la luz del tamaño de los Estados Unidos, la diversidad de su población y su confianza en el derecho, pueden ayudar a explicar por qué, en mi país, el público generalmente apoya la institución de la revisión judicial, aun cuando deplora o celebra el resultado en casos particulares. Ustedes podrán entender la necesidad y los beneficios de la institución si, de los muchos casos que yo podría mencionar, les recuerdo sólo uno, el caso de desegregación racial *Brown vs. Board of Education*.

Pero aquí he alcanzado los límites del tema que me ocupa presentemente. Para volver al profesor Hart, ustedes deben hacer su propia evaluación ‘externa’ de la institución de la ‘revisión judicial independiente’. Cuando la hagan, una perspectiva respecto de las críticas clásicas es necesaria. Es esa perspectiva la que he tratado de proveer esta tarde. □