

El principio de igualdad: nociones generales	13
1. Igualdad y generalidad de la norma	14
2. Igualdad ante la ley e igualdad en la ley	15
3. La igualdad en los Estados Unidos de América: entre la libertad y la igualdad	18
4. Antecedentes de la enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos de América	24
5. Interpretación de la cláusula de igualdad	28
6. El principio de separados, pero iguales	33
7. La <i>judicial review</i> y la defensa de la cláusula de igualdad	35
II. La defensa de la igualdad desde la Corte Suprema de los Estados Unidos de América	41
1. ¿Justicia o moral pública?	43
2. La tradición del juez en el <i>common law</i>	46
3. La <i>judicial review</i>	48
4. La supremacía constitucional	50
5. Sentencia <i>Marbury vs. Madison</i>	57
6. La dificultad contramayoritaria	61
7. La democracia radical. El constitucionalismo en peligro	67
8. Soluciones a la dificultad contramayoritaria	70
9. La abstracción de las normas constitucionales	94
10. La última palabra sobre las <i>affirmative actions</i>	100

CAPÍTULO PRIMERO

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

I. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD: NOCIONES GENERALES

La palabra “igualdad” deriva del latín *aequitas*, que significa uniformidad, nivel, justa proporción, semejanza. Como señala Martínez Tapia, la igualdad constituye un valor supremo e indispensable de toda convivencia, que ha encontrado su expresión más completa en el Estado social de derecho.²⁹ El primer gran defensor de la igualdad fue Herodoto. Uno de sus temas centrales fue la exaltación de la igualdad frente a la tiranía. Para él, el sistema político del hombre libre se caracteriza por la igualdad en su triple dimensión: de *isonomía* o igualdad ante la ley, *isocracia* o igualdad de poder e *isegoría* o igualdad de palabra. Por su parte, Anaximandro y Heráclito concebían la igualdad como un componente esencial de la idea de una justicia cósmica.³⁰ Sin embargo, la verdadera especulación sobre el significado de la igualdad se inicia con Aristóteles. En su pensamiento encontramos una serie de ideas que forman el patrimonio de la cultura jurídica contemporánea. En primer lugar, la vinculación de la igualdad a la justicia y la formulación de la siguiente regla: “Parece —dice el filósofo— que la justicia consiste en la igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”.³¹

La búsqueda de la igualdad ha estado relacionada con la justicia. Ya Aristóteles formula la clasificación de la justicia, distinguiendo entre justicia general o legal —que propiamente no es una especie de justicia, sino una virtud general que encierra todas las virtudes— y la justicia particular,

²⁹ Martínez Tapia, Ramón, *Ikualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Almería, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, 2000, p. 9.

³⁰ *Ibidem*, p. 13.

³¹ Aristóteles, *Política*, traducción de María Araujo y Julián Marías, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1970, p. 89.

cuyo objeto es “lo igual”, y que trata de lograr la igualdad entre los hombres. A esta justicia particular la divide, a su vez, en justicia distributiva, que tiene por finalidad distribuir las cargas y los bienes entre los hombres de la sociedad según una igualdad proporcional, y la justicia “correctiva” o “comutativa”, que obliga a dar a cada uno lo suyo en perfecta igualdad entre el dar y el recibir.³²

1. *Igualdad y generalidad de la norma*

La lucha por la igualdad comienza con la creación del Estado liberal; es decir, como reacción contra el Estado absolutista. El principio de igualdad fue ideado como límite al poder, evitando así que el Estado distinguese a las personas otorgando privilegios basados en la clase social. De esta forma nace el artículo 1o. de la Declaración de Derechos Humanos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que establece: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derecho”.

Para el pensamiento liberal, las exigencias de la igualdad sobre el legislador se manifestaban en los requisitos que debía tener la ley. Para Rousseau, los requisitos eran: origen democrático, lo que aseguraba su imparcialidad frente a cualquier forma de favoritismo, pues la voluntad general no podría crear leyes injustas; generalidad, que se manifiesta en un derecho formado por normas dirigidas a un abstracto *homo iuridicus*, que es el hombre y el ciudadano, y en su aplicación sin excepción de personas, y abstracción, en cuanto que los contenidos de las normas describen supuestos de hecho con consecuencias jurídicas que conciernen a todos los supuestos concebibles y a todas las situaciones posibles.³³ Todo ello garantizaba los valores de la igualdad y la certeza jurídica y la eliminación de las leyes singulares.³⁴

³² Álvarez Ledesma, Mario, *Introducción al derecho*, México, McGraw-Hill, 1995, pp. 339 y 340.

³³ Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social*, Madrid, Espasa Calpe, 1975, p. 63. “Cuando digo que el objeto de las leyes es siempre general, entiendo que la ley considera a los súbditos en cuanto cuerpos y a las acciones como abstractos: nunca toma a un hombre como individuo ni una acción particular. Así, la ley puede estatuir privilegios; pero no puede darlos especialmente a nadie”.

³⁴ Martínez Tapia, Ramón, *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, cit., p. 94. La generalidad la concebía san Isidoro como un requisito intrínseco de la ley, es decir, que no se dirigiera a la consecución de intereses privados, sino a la utilidad común de todos los ciudadanos. Citado por Pérez Luño, Antonio Enrique, *Dimensiones de la igualdad*, Madrid, Dykinson, 2005, p. 22. Esta idea es sostenida más tar-

2. *Igualdad ante la ley e igualdad en la ley*

La evolución histórica de este principio ha dividido la idea de la igualdad en dos conceptos distintos, a saber: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. En primera instancia parece pertinente señalar que las dos comparten una misma idea: el cumplimiento del principio de igualdad; sin embargo, sus destinatarios son distintos.

La igualdad ante la ley hace referencia, según las palabras de Francisco Rubio Llorente, a su eficacia: “a la necesidad de que la norma sea aplicable por igual a todos aquellos que se encuentran en una situación descrita en el supuesto”.³⁵ La igualdad ante la ley se interpreta entonces como un principio que nos señala que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, sin ofrecer fundamentación razonable y suficiente para ello.

De ahí que se señale que la igualdad requiere de reglas fijas, porque su modificación, durante el proceso de valoración, podría alterar las circunstancias en perjuicio o en beneficio de alguien. En términos generales puede decirse que si ahí donde se requiere de un trato imparcial, los hombres son tratados de forma desigual, es, en principio, injusto, a menos que el trato diferente pueda ser justificado. La justicia requiere del juez que considere a las partes como jurídicamente iguales; por tanto, las únicas diferencias que el juez puede considerar como relevantes son aquellas que el derecho le exige tomar en cuenta.³⁶ De ahí que la igualdad en la aplicación de la ley se equipare a la legalidad; es decir, al cumplimiento de la ley. Por esto, la igualdad en la aplicación de la ley podría ser cumplida perfectamente en una ley desigual.

El Tribunal Constitucional español ha tenido ocasión de establecer lo que entiende por igualdad ante la ley. Un ejemplo de lo anterior es la sentencia 49/1982,³⁷ donde se señala que la igualdad jurídica del artículo

de por Grotius en: *De iure beli ac pacis*. Este texto se pueden encontrar en castellano en: *Del derecho de presa; del derecho de la guerra y de la paz: textos de las obras “De iure praedae” y “De iure belli ac pacis”*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

³⁵ Voto particular del magistrado Francisco Rubio Llorente a la sentencia del Tribunal Constitucional 103/1983, del 22 de noviembre. Lo mismo lo sostiene en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 614.

³⁶ Tamayo y Salmorán, Rolando, “Igualdad”, *Diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa-UNAM, t. II, 1999.

³⁷ STC del 14 de junio de 1982.

14 constitucional es la igualdad ante la ley, lo que no se vincula necesariamente con una igualdad material o sustancial efectiva.³⁸

La igualdad en la ley, en cambio, apunta a su contenido, por lo que se constituye como un límite a la libertad del legislador: para respetarla, el legislador “no puede establecer distinciones entre supuestos de hecho que, desde el punto de vista de la finalidad perseguida por la norma, debiera[n] ser considerados iguales, de manera que su diferenciación ha de ser tenida por arbitraria y discriminatoria”.³⁹ Constituye por esto un límite al legislador y contempla la igualdad en el tratamiento dado por la ley.⁴⁰ Concluimos entonces que el principio de igualdad está dirigido tanto al legislador, que debe crear leyes que cumplan con el mandato de igualdad, como a los que la aplican.

No obstante, el principio de igualdad no impone que todos los sujetos destinatarios de las normas tengan los mismos derechos: no impide que a dos situaciones distintas se les imponga dos consecuencias distintas.⁴¹ De ahí que los juicios de igualdad sean siempre juicios valorativos, pues afirmar que dos sujetos merecen el mismo trato supone valorar una característica común y relevante.⁴² Este discernimiento se traduce en una clasificación legal, misma que determinará el rango de personas que van a ser afectadas por alguna carga o beneficio de una ley. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha entendido que el principio de igualdad no implica tratar a todas las personas por igual; así lo establece en su sentencia *Tigner vs. Texas* que señala: “La Constitución no exige que dos cosas distintas de hecho sean tratadas en la ley como si ellas fueran iguales”.⁴³ Por tanto, tenemos, por una parte la necesidad del Legislativo de

³⁸ Añón, María José, *Igualdad, diferencia y desigualdades*, México, Fontamara, 2001, pp. 39 y ss.

³⁹ Voto particular del magistrado Francisco Rubio Llorente a la sentencia del Tribunal Constitucional 103/1983, del 22 de noviembre.

⁴⁰ Ruiz Miguel, Alfonso, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Doxa*, núm. 19, 1996, p. 42.

⁴¹ Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, cit., p. 611; Lucas, Javier de, “La igualdad ante la ley”, *El derecho y la justicia. Encyclopedie iberoamericana de filosofía*, Madrid, Trotta, 1996, p. 495.

⁴² Prieto Sanchís, Luis, *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998, p. 84.

⁴³ “The equality at which the «equal protection» clause aims is not a disembodied equality. The Fourteenth Amendment enjoins ‘the equal protection of the laws,’ and laws are not abstract propositions... The Constitution does not require things which are different in fact or opinion to be treated in law as though they were the same”. 310 U. S. 141, 147 (1940).

clasificar, es decir, especializar, y, por otra, el mandato general de la igualdad contenido en la Constitución.⁴⁴

Lo que hace que una norma sea desigual es que los criterios que utiliza para determinar sus clasificaciones sean arbitrarios, pues el principio de igualdad exige que los rasgos tomados en cuenta para las clasificaciones sean relevantes. Para Laporta, las diferencias serán “razonables” cuando éstas sean moralmente relevantes, es decir, si son recogidas como tales en principios morales.⁴⁵

Más arriba señalamos que para Francisco Rubio Llorente el rasgo que ha de considerarse relevante en el juicio de igualdad debe estar relacionado con la finalidad de la distinción. Sin embargo, la finalidad de las normas entraña otro problema, pues de ella no se deducen ideas de corrección ética o moral.

Es aquí útil introducir la idea de razonabilidad. Para Atienza, lo razonable y lo irrazonable están ligados a un margen de apreciación admisible y a lo que, excediendo de los límites permitidos, parece socialmente inaceptable.⁴⁶ Para Perelman, lo razonable tiene un límite que viene marcado por el auditorio. Es irrazonable, afirma, lo que es inadmisible en una comunidad en un momento dado.⁴⁷ Como vemos, la idea de razonable es un tema crucial; sin embargo, no existe consenso. Nuestra propuesta sobre lo que debemos entender por razonable en el contexto de las *affirmative actions* sería la siguiente: medidas que, diseñadas para favorecer a minorías diferenciadas y aisladas, son de hecho benéficas. Estas medidas, además, no menoscaban derechos fundamentales de terceros.

⁴⁴ Lo mismo podemos decir del Tribunal Constitucional español “El principio de igualdad jurídica prohíbe la discriminación, pero no que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido en un Estado social y democrático de derecho para la efectividad de los valores que la Constitución consagra”. STC 34/1981, del 10 de noviembre de 1981; Jiménez Campo, Javier, “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983, p. 73.

⁴⁵ Cfr. Laporta, Francisco J., “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *cit.*, pp. 14 y 18.

⁴⁶ Atienza, Manuel, “Para una razonable definición de razonable”, *Doxa*, núm. 4, 1987, pp. 189-200.

⁴⁷ Perelman, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1979, p. 193. Para él, el juez debe decidir “en función de los valores que dominan en la sociedad, ya que su papel es conciliar estos valores con las leyes y las instituciones establecidas, de manera tal que con ello se ponga de manifiesto no sólo la legalidad, sino también el carácter razonable y aceptable de sus decisiones”.

3. *La igualdad en los Estados Unidos de América: entre la libertad y la igualdad*

Para la tradición europea, la libertad y la igualdad son valores del Estado de derecho; aquel Estado contrario al absolutismo, que es, asimismo, legado de la Revolución francesa. Sin embargo, diversos autores han encontrado en estos dos principios una contradicción. Así, para Leibholz: “libertad e igualdad democrática no se hallan en una relación de recíproca y fácil armonía”. Para él, la libertad y la igualdad democrática se encuentran en una relación de tensión indisoluble: “La libertad genera fatalmente desigualdad y la igualdad no puede por menos de coartar la libertad. Cuanto más libres son los hombres, tanto mayor desigualdad les espera. Y cuanto más iguales en el sentido radical-democrático, tanto más se alejan de la libertad de sus vidas”.⁴⁸

El punto de vista para el cual la libertad y la igualdad se oponen entre sí arranca de Edmund Burke y sus *Reflections on the French Revolution*, de 1790, y desde entonces se vuelve un clásico para todos los teóricos de la democracia, siendo Alexis de Tocqueville el más insigne de ellos. Parece, en un primer momento, que habría que escoger entre estos dos principios, pues favorecer ambos no suena sencillo. Esta idea se ha mantenido en el pensamiento de tratadistas posteriores. Así, Tussman comienza un famoso ensayo señalando: “...Americans have been more concerned with liberty than with equality”.⁴⁹

Sin embargo, autores como Martín Kriele no ven contradicción entre los principios de libertad e igualdad, pues el principio de igualdad proviene, del mismo modo que el principio de libertad, de la concepción dialéctica del derecho natural que constituye la base histórica e ideológica del parlamentarismo. El establecimiento de la igualdad no significa otra cosa que el establecimiento de la libertad: “libera al siervo, al esclavo, luego al

⁴⁸ Leibholz, Gerhard, *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971, p. 37.

⁴⁹ Tussman, Joseph y Tenbroek, Jacobus, “The Equal Protection of the Laws”, *California Law Review*, vol. 37, 1948-1949, p. 380. “But whatever our past or present preferences, it is certain that a concern with equality will be increasingly thrust upon us. We have tended to identify liberty with the absence of government; we have sought it in the interstices of the law. What happens, then, when government becomes more ubiquitous? Whenever an area of activity is brought within the control or regulation of government to that extent equality supplants liberty as the dominant ideal and constitutional demand”.

proletario, crea así la condición mínima para una vida conforme a la naturaleza del hombre. El establecimiento de la igualdad disminuye ciertamente las libertades del propietario de esclavos, del señor, del explotador, etcétera; pero lo hace en nombre de la libertad del hombre".⁵⁰

Aunque es verdad que la tradición política norteamericana parece favorecer a la libertad ante la igualdad, las alusiones a este último principio en los Estados Unidos se remontan a los preámbulos a la Declaración de Independencia de 1776: "Consideramos evidente las siguientes verdades: que todos los hombres son creados iguales; que recibieron de su creador ciertos derechos inalienables...".⁵¹ El texto sería confirmado luego de la guerra revolucionaria en el Tratado de París de 1783.⁵²

Poco tiempo después de la Declaración de Independencia, el Congreso Continental propuso el Estatuto de la Confederación, ratificado en 1781 por la totalidad de los trece estados. La Confederación creada era débil. El gobierno central tenía amplios poderes sobre las fuerzas armadas; sin embargo, en cuestiones domésticas casi todas las facultades estaban reservadas a los estados. La insatisfacción llevó a los confederados a buscar redactar la Constitución en 1787.

El hecho de que la Constitución omitiera el tema de los derechos fundamentales, incluyendo el derecho a la igualdad, es el producto, por una parte, de factores históricos que llevaron a que los autores de la Constitución se concentraran en discutir temas referentes a la relación entre los Estados y la Unión, y apenas aludieron a la relación entre el poder público y el individuo.

De ahí que Hamilton señalara que si las declaraciones de derechos

...son originalmente pactos entre los reyes y sus súbditos, disminuciones de la prerrogativa real a favor de fueros, reservas y de derechos que no se

⁵⁰ Kriele, Martín, *Introducción a la teoría del Estado*, Buenos Aires, Depalma, 1980, pp. 468 y 469.

⁵¹ La Declaración de Independencia consiste en una lista de motivos que habían dado lugar a esa resolución. Thomas Jefferson, creador del borrador, antepuso a esta lista unos famosos preámbulos, en donde se utilizan categorías de derecho natural racional y se recurrió a la libre posibilidad de desarrollo del individuo para justificar el fin, la forma y la legitimación del poder político. Cf. Adams, Willi P., *Los Estados Unidos de América*, traducción de Máximo Cajal y Pedro Gálvez, Madrid, Siglo Veintiuno, 1996, pp. 25 y 26.

⁵² Currie, David, *Introducción a la Constitución de los Estados Unidos*, traducción de Verónica Gómez, Buenos Aires, Zavalía, 1988, p. 11.

abandonan al principio. De esta índole es la carta magna arrancada por los barones, espada en mano, al rey Juan... Es evidente, por lo anterior, que, de acuerdo con su significado primitivo no tienen aplicación en el caso de las Constituciones, las cuales se fundan en hipótesis en el poder del pueblo y se cumplen por sus representantes y servidores inmediatos. Estrictamente hablando, el pueblo no abandona nada en este caso, y como lo tiene todo, no necesita reservarse ningún derecho particular. "Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos, con el objeto de asegurar los beneficios de la libertad a nosotros mismos y a nuestros descendientes, estatuyimos y sancionamos esta Constitución para los Estados Unidos de América". Aquí tenemos un reconocimiento de los derechos populares superior a varios volúmenes de esos aforismos que constituyen la distinción principal de las declaraciones de derechos de varios de nuestros Estados, y que sonarían mucho mejor en un tratado de ética que en la Constitución de un gobierno.⁵³

No estamos ya ante el "Estado-persona", donde el rey está sujeto a la ley, sino ante el "Estado-ordenamiento"; ante el conjunto de derecho vigente, encabezado por el legislador, que, por su propia naturaleza, es el señor de la ley, por lo que no podía estar sujeto a ella.⁵⁴ Desde el punto

⁵³ Hamilton, "Federalista", en Hamilton, A. *et al.*, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, núm. 84, pp. 367 y 368. La publicación de *El Federalista*, una serie de ensayos de Madison, Hamilton y John Jay, que aparecieron entre octubre de 1787 y mayo de 1788 en diferentes periódicos de la época (*New York Pocket Independent Journal* y *Daily Advertiser*), pretenden ser una defensa racionalista de la Constitución federal propuesta. Ackerman señala que, según una visión bastante aceptada por los tratadistas norteamericanos, Publio (Publius —el Publícata de Plutarco—) seudónimo utilizado por los tres autores de *El Federalista*, es el portavoz de una élite de propietarios que estaban aprovechando la Constitución como medio para sofocar la revolución estadounidense antes de que se perdiera toda posibilidad de control sobre ella. Para Ackerman, el federalista es algo más que eso: sobre estos ensayos fundamenta su tesis dualista de la Constitución. Nos ocuparemos más tarde de analizar ésta. Ackerman, Bruce A., "¿Un neofederalismo?", en Elster, Jon y Slagstad, Rune, *Constitucionalismo y democracia*, traducción de Mónica Utrilla de Neira, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 178. Este ensayo, traducido al castellano, es una versión abreviada y revisada de Ackerman, Bruce A., "The Storrs Lectures: Discovering the Constitution", *Yale Law Journal*, vol. 93, 1983-1984, pp. 1013-1072. Existe otra traducción en Ackerman, Bruce A., *La política del diálogo liberal*, traducción e introducción de Gabriela Alonso, Barcelona, Gedisa, 1999, capítulo 5, pp. 165-215. Sobre esto véase, también, Astra, Antonio, "Alexander Hamilton y la filosofía política", *Contra Clave*, en línea: <http://www.contraclove.org/filosofia/hamilton.pdf>.

⁵⁴ Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2003, p. 48.

de vista del Estado como legislador, señala Gustavo Zagrebelsky, los derechos no podían concebirse como una limitación al mismo, sino como una autolimitación y como una concesión. De ahí que Hobbes señalará: “estar sujeto a sí mismo no es sujeción sino libertad”.⁵⁵ Sin embargo, el texto constitucional muestra una predominante preocupación por imponer restricciones al poder y de esta forma salvaguardar lo que se consideraba que eran derechos y libertades individuales preexistentes. Así, en la tradición jurídica norteamericana los derechos fundamentales se asocian a la obligación del Estado de no infringir ciertas libertades básicas, hecho relacionado con la permanente tensión entre Estado y ciudadanos.⁵⁶

En 1791 se añadió a la Constitución una declaración de derechos consistente en diez enmiendas que conforman el *Bill of Rights*. Aquella declaración significó una limitación importante de los poderes del Estado sobre el individuo.⁵⁷

Las enmiendas producto de la guerra civil no acabaron de dejar claro los contornos de los derechos fundamentales. Esto debido a la tendencia a utilizar un lenguaje general y frecuentemente vago en la enumeración de los preceptos de la declaración de derechos y de las enmiendas de la guerra civil, como el *due process of law* y *the equal protection of the laws*.

Además de las razones históricas para el silencio de la Constitución de 1787 sobre los derechos fundamentales, existe, según Rosenfeld, una razón filosófica, pues en la mentalidad norteamericana del siglo XVIII los derechos individuales no tenían su origen en una concesión hecha por el Estado, sino que “preexistían a toda organización política”,⁵⁸ idea que compartían los miembros de la generación de la Constitución y que estaba influenciada por las ideas de John Locke, para quien

⁵⁵ Hobbes, Thomas, *Leviatán*, traducción de A. Escotado, Madrid, Editora Nacional, 1983, parte II, capítulo XXIX.

⁵⁶ Oliviero, Melanie B., “Human Needs and Human Rights: Wish Are More Fundamental?”, *Emory Law Journal*, vol. 40, 1991, pp. 911-920.

⁵⁷ La enmienda V establece varios derechos de los ciudadanos, para ello garantiza que nadie será obligado a responder por delito capital o infamante, sino en virtud de acusación formal o de procesamiento por un gran jurado. Tampoco se podrá procesar a nadie dos veces por el mismo delito en un juicio que pueda ocasionarle la pérdida de la vida o de la integridad corporal. Esta enmienda prohíbe la autoincriminación (estableciendo el derecho a no declarar contra uno mismo). Y el derecho a un juicio con las debidas garantías procesales: *due process of law*. Asegura también que no se llevará a cabo expropiación forzada alguna sin indemnización justa.

⁵⁸ Rosenfeld, Michel, *Nacimiento y evolución de los derechos humanos en los Estados Unidos*, Barcelona, Quaderns de Treball, Centro d’Estudis de Drets Humans, Universitat Autònoma de Barcelona, núm. 3, 1994, p. 6.

los derechos no dependen del Estado o la sociedad: la verdadera razón por la que el hombre abandona el estado de naturaleza⁵⁹ y forma una sociedad es para asegurar el disfrute de estos derechos inalienables.⁶⁰

Los individuos, según el filósofo inglés, entran a una sociedad organizada de conformidad con un contrato social que establece un poder limitado, cuya función legítima es aumentar el disfrute de los derechos naturales. Dicho poder debe otorgar protección a los derechos, a los que engloba bajo el término “property” que involucra el derecho a la vida, a la seguridad, el derecho a la propiedad y la obligación del Estado de proporcionar medios para el cumplimiento de los contratos privados.⁶¹ En la formación del constitucionalismo norteamericano la propiedad fue vista como una entidad específica que requería protección. En un sentido tradicional, la propiedad era un vehículo para dar mayor protección a otros valores: era la fuente de autonomía para la mayoría del pueblo, un límite a la autoridad del Estado. El concepto ofrecía una esfera de intimidad e independencia necesaria para la individualidad y la libertad.⁶²

Tradicionalmente, la jurisdicción de los Estados Unidos le ha otorgado una gran importancia a la libertad, oponiéndose a todo aquello que parezca minarla. Recordemos además que para la concepción liberal los derechos positivos amenazan las libertades reconocidas por la Constitución. De ahí que tradicionalmente se haya concebido el principio de igual-

⁵⁹ El estado de naturaleza es un estado de “perfecta libertad”, de “igualdad, en donde todo poder y jurisdicción son recíprocos, y donde nadie los disfruta en mayor medida que los demás”. Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Madrid, Alianza Editorial, 1990, p. 36, párrafo 4.

⁶⁰ Esta es la respuesta de Locke a la pregunta que él mismo se hace: ¿cuál es el interés de los hombres en abandonar tal estado de perfecta reconciliación y dar lugar al nacimiento del poder político estatal? *Ibidem*, p. 133, párrafo 123. Sobre Locke, véase Blanco Valdés, Roberto, *El valor de la Constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Madrid, Alianza, 1998, pp. 45-67.

⁶¹ *Ibidem*, p. 51. “El grande y principal fin que lleva a los hombres a unirse en Estados y ponerse bajo un gobierno es la preservación de su propiedad, cosa que no podían hacer en el estado de naturaleza, por faltar en el muchas cosas”. Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, cit., p. 134, párrafo 124.

⁶² Nedelsky, Jennifer, “El constitucionalismo estadounidense y la paradoja de la propiedad privada”, en Elster, Jon y Slagstad, Rune, *Constitucionalismo y democracia*, cit., pp. 274 y 282. La propiedad fue la quintaesencia de los derechos individuales como límite al poder del gobierno. *Ibidem*, p. 272. “La concepción y la práctica estadounidense del constitucionalismo se desarrollaron unidas a la propiedad privada: en nuestras categorías de derecho, en nuestra concepción de un gobierno limitado y en la institucionalización de derechos como límites en la revisión judicial”. *Ibidem*, p. 284.

dad como prohibición de discriminación de parte del Estado,⁶³ principio garantizado por la Constitución norteamericana. Por esto, para algunos autores forma parte de aquellos derechos negativos creados como protección de los abusos del Estado.

Una clasificación notable de los derechos negativos y positivos se la debemos a Isaiah Berlin, quien distinguió entre libertad positiva y negativa.⁶⁴ Para él, la libertad negativa significa ser dueño de sí mismo, mientras que por libertad positiva entiende el derecho a la autodeterminación. Estas dos ideas podrían parecer conceptos que no distan mucho uno del otro; sin embargo, agrega Berlin que las ideas “positiva” y “negativa” de libertad se desarrollan históricamente en direcciones divergentes, no siempre por pasos lógicamente aceptables, hasta que al final entraron en un conflicto directo la una con la otra.⁶⁵

Frank Cross apunta que en el sistema democrático las libertades negativas están sujetas a ciertas restricciones previstas en el *Bill of Rights*, por lo que la idea de una completa libertad negativa resulta falsa. Asimismo, tampoco se prevé en el sistema norteamericano un derecho a ejercer la libertad positiva de autodeterminación, es decir, un derecho a exigir acciones del Estado que se vería traducido, por ejemplo, en la obligación del gobierno de asegurar un mínimo estándar de vida.⁶⁶

El lenguaje constitucional está abierto a interpretaciones judiciales diferentes que podrían deducir derechos constitucionales negativos o positivos. Sin embargo, para algunos autores las normas constitucionales son confusas,⁶⁷ ya que lo que se podrían entender como derechos positivos, como el establecido en la enmienda VI, que consagra el derecho del acusado a ser oído en juicio, más que un derecho positivo a cargo del Estado, en realidad constituye el derecho a no ser condenado sin haberse cumplido las reglas del procedimiento penal;⁶⁸ derecho que es más bien de tipo negativo.

⁶³ Tussman, Joseph y Tenbroek, Jacobus, “The Equal Protection of the Laws”, *cit.*, p. 873.

⁶⁴ Berlin, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, traducción de Belén Urrutia, Madrid, Alianza Editorial, 1988, p. 187 y ss.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 202.

⁶⁶ Currie, David P., “Positive and Negative Constitutional Rights”, *University of Chicago Law Review*, vol. 53, 1986, p. 900.

⁶⁷ Bandes, Susan, “The Negative Constitution: a Critique”, *Mich. Law Review*, vol. 88, 1989-1990, pp. 2279-2292.

⁶⁸ Sobre los derechos positivos en la Constitución véase Currie, David P., “Positive and Negative Constitutional Rights”, *cit.*, p. 869, y Hershkoff, Helen, “Positive Rights and

Los derechos negativos constitucionales se crearon para proteger a los individuos de la acción del Estado o *state action*. La acción del gobierno que pudiera afectar la vida de los ciudadanos fue entendida precisamente como un acto que amenaza las garantías individuales.⁶⁹ En consecuencia, la Constitución de los Estados Unidos ha otorgado una amplia protección a los derechos civiles y políticos, mientras que ha proporcionado poco apoyo al desarrollo de los derechos sociales y económicos; derechos que requieren una posición activa del Estado.

Para algunos, la enmienda V⁷⁰ engloba algo más que un simple derecho negativo; así lo había interpretado el magistrado Bradley, quien, en la sentencia *United States vs. Cruikshank*,⁷¹ considera que la enmienda V “...confiere un derecho positivo que no existía antes. El lenguaje utilizado es peculiar... El derecho no debe ser negado. Esto es, el derecho debe ser ejercido...”⁷² Sin embargo, la idea de que el Estado tenga obligaciones afirmativas con sus ciudadanos corresponde más a nuestra época que a aquella en que fueron adoptadas las enmiendas constitucionales.

4. Antecedentes de la enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos de América

Como tuvimos oportunidad de señalar, tradicionalmente se interpretó la Constitución como directa o indirectamente complaciente con la institución de la esclavitud. El texto del artículo IV negaba a los estados el poder de liberar a los esclavos fugitivos que hubiesen entrado en su territorio.⁷³

State Constitution: The Limits of Federal Rationality Review”, *Harvard Law Review*, vol. 112, 1998-1999, pp. 1131-1196. Helen Hershkoff señala que las Constituciones de los estados contienen algunos derechos positivos que no contiene la Constitución federal. Pone el ejemplo concreto de la Constitución de Nueva York. Sin embargo, la doctrina de las cortes de los estados se ha equiparado, de forma errónea según Hershkoff, a lo dicho por la Corte Suprema de los Estados Unidos.

⁶⁹ Chemerinsky, Erwin, “Rethinking State Action Constitutional Rights”, *Northwestern University Law Review*, vol. 80, 1985-1986, p 507.

⁷⁰ Véase nota 57.

⁷¹ 25 Fed. Cas. 712 (1875).

⁷² Citado por Cox, Archibald, “The Role of the Supreme Court in American Society”, *Marg. Law Review*, 1966-1977, vol. 50, p. 585.

⁷³ El artículo IV, párrafo 3, de la Constitución de 1787 señala: “Las personas obligadas a servir o laborar en un Estado, con arreglo a las leyes de éste, que escapen a otros, no quedarán liberadas de dichos servicios o trabajo a consecuencia de cualesquiera leyes o reglamentos del segundo, sino que serán entregadas al reclamarlo la parte interesada a quien se deba tal servicio o trabajo”.

Aquel primer texto constitucional protegía a los esclavistas, que eran propietarios con todos los derechos.⁷⁴ Los derechos de los esclavistas se protegían incluso contra los procesos legislativos, pues existía la prohibición de que el Congreso legislara en contra del comercio de esclavos. Además, los Estados estaban obligados a regresar a los esclavos que escapaban de sus hogares.⁷⁵ Es más, en su texto aparecían normas que claramente hacen referencia a la institución de la esclavitud.⁷⁶ De ahí que Kriele señale que una de las peculiaridades del Estado constitucional de cuño anglosajón fue la creación de “libertad para los libres, pero no tuvo impulso hacia la igualdad... Las instituciones de la libertad tenían que

⁷⁴ La distinción del estatus legal de los negros comenzó desde el momento de su primer desembarco en tierras de las colonias inglesas (Jamestown, Virginia, en 1619). Los primeros negros no fueron reducidos a la esclavitud; en un principio se les dio el estatus de servidumbre. Véase Davis, T. R., “Negro Servitude in the United States. Servitude Distinguished from Slavery”, *The Journal of Negro History*, vol. VIII, núm. 3, 1923, pp. 247-283, y González Martín, Nuria, “Políticas de acción positiva por razón de raza en los Estados Unidos de América y respectivo breve panorama europeo”, en Soberanes Fernández, José Luis (dir.), México, Universidad Autónoma de Tlaxcala, 2002, pp. 23-31.

⁷⁵ La Ley de Esclavos Fugitivos de 1793 es la ley reglamentaria del artículo IV, sección 2, que señala: “La persona acusada en cualquier Estado por traición, delito grave u otro crimen, que huya de la justicia y fuere hallada en otro Estado, será entregada, al solicitarlo así la autoridad ejecutiva del Estado del que se haya fugado, con el objeto de que sea conducida al Estado que posea jurisdicción sobre el delito”. La ley de 1793 autoriza a diferentes instancias judiciales federales para decidir de forma inapelable y sin jurado la situación jurídica de un supuesto esclavo fugitivo. En 1850, el Congreso de los Estados Unidos votó la Ley sobre Esclavos Fugitivos, autorizando a cualquier blanco a detener y conservar cautivo a todo negro del que se sospechase que era un esclavo huido. Así, incluso los negros nacidos libres corrían el riesgo de ser capturados y reducidos a la esclavitud por falta de pruebas. Miles de ellos huyeron hacia los estados del Norte y otros muchos se refugiaron en Canadá. A esa espectacular migración se le llamó el “ferrocarril clandestino”. Se estima que entre 1820 y 1860, unos 20,000 negros hallaron asilo en Canadá. González Martín, Nuria, “Políticas de acción positiva por razón de raza en los Estados Unidos de América y respectivo breve panorama europeo”, *cit.*, pp. 37-40. La Corte Suprema no defendió los derechos de los negros: en todos los casos relativos a cuestiones de esclavitud, los jueces antiesclavistas coincidieron en sus decisiones con los esclavistas. La legislación sobre los esclavos fugitivos fue defendida unánimemente. Hughes, Charles Evans, *La Suprema Corte de Estados Unidos*, traducción de Roberto Molina Pasquel y Vicente Herrero, México, Fondo de Cultura Económica, 1946, p. 60.

⁷⁶ En el artículo I, sección 2a., se establecía que el conteo de la población para la distribución de representantes y la asignación de impuestos entre los Estados debía hacerse tomando en cuenta a “personas libres” y tres quintos de “todas las demás personas”. El artículo I, sección 9a., establece que el Congreso no podrá prohibir antes de 1808 la inmigración o importación de las personas que cualquiera de los Estados ahora existentes estime oportuno admitir, pero puede imponer sobre dicha importación una contribución o derecho que no pase de diez dólares por cada persona.

ser completadas con la idea de la igualdad; más exactamente, con la idea de igualdad de derechos de los hombres a la libertad".⁷⁷ El cambio en la concepción de la igualdad en los Estados Unidos se lo atribuye Kriele a la Revolución francesa y a la Declaración de Derechos del Hombre, pues ahí el plano filosófico llegó a convertirse en realidad.

El Estado constitucional crea libertades, pero sólo para los privilegiados. La idea jusnaturalista exige libertad para todos, pero no la puede realizar jurídicamente. Fue con la *unión del Estado constitucional y la idea de igualdad* que se creó la base para la libertad jurídicamente institucionalizada para todo el mundo.⁷⁸

La sentencia *Dred Scott vs. Sandford*⁷⁹ representa una de los pasajes más ignominiosos de la historia de la Corte.⁸⁰ Vale la pena revisar los antecedentes: en 1820, los estados del norte, en los que estaba prohibida la esclavitud, significaban la mayoría en la Cámara de Representantes: 105 delegados en comparación con los 81 pertenecientes a los estados del sur. En el Senado existía un equilibrio con 11 estados abolicionistas y 11

⁷⁷ Kriele, Martín, *Introducción a la teoría del Estado*, cit., p. 223.

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 224 y 225.

⁷⁹ *Dred Scott vs. Sandford* 19 How. (1857). Un análisis exhaustivo de esta sentencia, como de su contexto histórico y político se puede encontrar en Fehrenbacher, Don E., *The Dred Scott Case. Its significance in American Law and Politics*, Nueva York, Oxford University Press, 2001. Ahora se cuenta en español con un libro que recoge las sentencias más importantes de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, incluyendo *Dred Scott vs. Sandford*: Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, cit. Sobre la sentencia Dred Scott, véase pp. 138-152. Véase también Sandburg, Carl, "Diecisiete palabras. La reposada revolución de la decimocuarta enmienda", en Friendly, Fred W. y Elliot, Martha J. H., *Frenos y contrapesos del poder. Ejemplo de los 200 años de la Constitución americana*, Barcelona, Ediciones Tesys y Bosh, Casa editorial, 1987; Schwartz, Bernard, *Los poderes del gobierno. Comentario sobre la Constitución de los Estados Unidos*, traducción de José Juan Olloqui Labastida, México, UNAM, 1966, t. I, p. 98; Lora Deltoro, Pablo de, *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la filosofía del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, 1998, p. 29; Wolfe, Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 101-104; Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 141 y 145; Martín Vida, María Ángeles, "Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en derecho estadounidense", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 68, mayo-agosto de 2003, p. 151, y González Martín, Nuria, "Políticas de acción positiva por razón de raza en los Estados Unidos de América y respectivo breve panorama europeo", cit., pp. 59-61.

⁸⁰ Hughes, Charles Evans, *La Suprema Corte de Estados Unidos*, cit., p. 63.

esclavistas. En ese mismo año, Missouri, territorio situado al norte de la línea Mason-Dixon (línea que separaba los estados abolicionistas de los esclavistas) solicitó su ingreso a la Unión como estado esclavista. La condición de los estados del norte para aceptar su ingreso fue abolir la esclavitud por arriba de los 36°30' de latitud (como se estableció en el compromiso de Missouri). Missouri fue admitido como estado esclavista, al tiempo que Maine fue admitido como estado abolicionista, conservándose así el equilibrio del senado en 12 y 12.⁸¹

La sentencia *Dred Scott vs. Sandford* versa sobre el *status* de Dred Scott, un esclavo negro propiedad del doctor John Emerson, que servía en el ejército. En diciembre de 1833, Emerson viajó con Scott a Fort Armstrong, Illinois, estado abolicionista. Tres años después se trasladaron a Fort Snelling, cerca de lo que hoy es St. Paul, Minnesota. El territorio de Wisconsin, como se llamaba entonces, era un área donde la esclavitud había sido proscrita por el Compromiso de Missouri. Scott y su esposa permanecieron en territorio libre hasta 1938. Finalmente, por motivos de salud el doctor Emerson se trasladó con sus esclavos a Fort Jessup, St. Luois, territorio esclavista.

Poco tiempo después Dred Scott y su familia demandaron su libertad ante los tribunales del estado fundamentándose en que por haber residido en un estado “libre” ya no eran esclavos. Este primer intento por lograr su libertad se perdió en la Corte Suprema de Missouri en 1852. Posteriormente, los Scott fueron vendidos a Jonh F. A. Sanford (que fue transcrita erróneamente Sandford). Se cree que en realidad esta venta fue una maniobra jurídica, que representaba dos ventajas: 1) con un nuevo propietario había una nueva causa, cuestión que generaba nuevas esperanzas; 2) Sanford, hermano de la esposa de Emerson, residía en Nueva York, y como Dred Scott presentó su demanda en Missouri, la causa la conocería un tribunal federal —los jueces federales tienen jurisdicción en los litigios entre ciudadanos de diferentes estados—. En consecuencia, se podría esperar así un cambio de criterio.

La Corte Suprema pudo haber evitado conocer sobre el fondo del asunto, pues la primera pregunta que se planteaba en este caso era simple: ¿puede un negro, cuyos antepasados fueron importados y vendidos como esclavos en Estados Unidos, convertirse en miembro de la comuni-

⁸¹ González Martín, Nuria, “Políticas de acción positiva por razón de raza en los Estados Unidos de América y respectivo breve panorama europeo”, *cit.*, pp. 42-44.

dad política, ser tomado en cuenta por la Constitución de los Estados Unidos, y tener todos los derechos, privilegios e inmunidades garantizados por ese instrumento a los ciudadanos? La estridente respuesta negativa se fundamenta estableciendo que los esclavos negros no gozan de las garantías otorgadas por la Constitución a sus ciudadanos: los negros emancipados o no, no son ciudadanos de los Estados Unidos y no podían establecer acciones jurídicas ante los tribunales federales. No obstante, la Corte cedió ante la presión del Ejecutivo emitiendo un segundo dictamen sosteniendo que el compromiso de Missouri era inconstitucional en la medida en que pisoteaba los derechos de propiedad de los esclavistas que eran ciudadanos de estados en los que la esclavitud estaba legalmente protegida.⁸²

Para la Corte, los derechos de un ciudadano de los Estados Unidos eran los mismos en un territorio que en un estado:

Nadie, creemos, discutirá que el Congreso puede promulgar cualquier ley en un territorio que respete el establecimiento de la religión, o su libre ejercicio, o que limite la libertad de expresión o de prensa... así los derechos de propiedad están unidos a los derechos a la persona y puestos en pie de igualdad con ellos por la Quinta Enmienda... y si la Constitución reconoce el derecho de propiedad del amo sobre esclavo, y no establece distinción entre esa descripción de propiedad y otros bienes propiedad de un ciudadano... ningún tribunal que actúe con la autoridad de los Estados Unidos... tiene derecho a... negarle el beneficio de los supuestos y garantías que han sido proporcionados para la protección de la propiedad privada contra las intromisiones del gobierno.⁸³

5. Interpretación de la cláusula de igualdad

En 1863, a través de la enmienda XIII, se proclamó la libertad de todos los esclavos: uno de los principales conflictos de la guerra civil (1861-1865) quedaba resuelto. La historia había dejado claro que no po-

⁸² El tema que preocupaba al magistrado presidente, Roger Taney, no era la esclavitud, sino el derecho de los estados a autogobernarse. Sandburg, Carl, “Diecisiete palabras. La reposada revolución de la decimocuarta enmienda”, *cit.*, p. 43 y 44. Véase también Grier, D., “Dred Scott vs. John F. A. Sandford”, *Dickinson Law Review*, vol. 26, pp. 1-16.

⁸³ *Dred Scott vs. Sandford*, 19 How, 450.451 (1857). Citado por Sandburg, Carl, “Diecisiete palabras. La reposada revolución de la decimocuarta enmienda”, *cit.*, pp. 43 y 44.

día confiarse la protección de los derechos fundamentales a los estados.⁸⁴ Por esto, la enmienda XIV (julio 9 de 1868) fue adoptada para asegurar que los estados no privarían a los individuos de los derechos inalienables,⁸⁵ ya que en la época de la posguerra los derechos civiles eran entendidos como derechos preexistentes a la propia norma. Según Tribe, la función de la enmienda XIV, específicamente la cláusula de igual protección de las leyes, fue concebida como una garantía para las minorías raciales de igual acceso a esos derechos.⁸⁶

El texto de la enmienda reza:

Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos.⁸⁷

⁸⁴ Sobre esta etapa de la historia véase Currie, David P., *The Constitution in the Supreme Court. The First Hundred Years, 1789-1888*, Chicago, The University of Chicago Press, 1985. En español véase Hughes, Evans, Charles, *La Suprema Corte de Estados Unidos, cit.* Para el contexto histórico véase Degler, Carl N., *Historia de los Estados Unidos. La formación de una potencia (1600-1860)*, Barcelona, Ariel, 1986, vol. 1.

⁸⁵ Chemerinsky, Erwin, “Rethinking State Action Constitutional Rights”, *Northwestern University Law Review*, vol. 80, 1985-1986, p. 515.

⁸⁶ Tribe, Laurence, *American Constitutional Law, cit.*, vol. II, p. 1148. Aunque la enmienda hace alusión a la igual protección de la ley, la Corte Suprema la ha interpretado como prohibición a la discriminación racial. Véase Fiss, Owen M. *Encyclopedia of the American Constitution, cit.*, p. 1500. Según Nina Morais, una de las razones para la promulgación de la enmienda XIV fue la presión de las sufragistas para consagrar el derecho al voto. Aunque la enmienda no estipula ese derecho, parece que los legisladores sí estuvieron de acuerdo en que el tema de la discriminación en contra de las mujeres estaba incluida en la enmienda XIV. S. Morais, Nina, “Sex Discrimination and the Fourteenth Amendment: Lost History”, *Yale Law Journal*, vol. 97, 1987-1988, p. 1154. De hecho, las interpretaciones de la Corte Suprema, en la década de los setenta del siglo XIX, analiza casos de discriminación contrastándolo con lo estipulado en la cláusula de igualdad de la enmienda XIV. *Ibidem*, p. 1167.

⁸⁷ La traducción de este párrafo de la enmienda XIV, como del resto de la Constitución norteamericana, se puede encontrar en línea: usinfo.state.gov/usa/infousa-facts/funddocs/constes.htm, se accedió a la página el 19 de febrero del 2005. Existe una ingente de bibliografía en inglés sobre la cláusula de igualdad. Por la importancia de los autores y de sus obras resultan imprescindibles los tratados de Rotunda y de Tribe: Rotunda, Ronald y Nowak, John E., *Treatise on Constitutional Law: Substance and Procedure*, Minnesota, St Paul, West Group, 1999, y Tribe, Laurence, *Ameri-*

En la época de la posguerra, los derechos civiles eran entendidos como derechos preexistentes a la propia norma, por lo que, aunque la aprobación de la igualdad es tan antigua como la declaración de Independencia (1776), no fue hasta la introducción de la Enmienda XIV cuando empezó a operar como límite jurídico frente al legislador.⁸⁸

La interpretación de la enmienda, sin embargo, no ha sido siempre la misma, pues ha ido evolucionando a través de la historia. Su contenido original se entendía exclusivamente como complemento a la cláusula de debido proceso, señalando que los estados debían garantizar a todos el respeto de los derechos contenidos en la Constitución.⁸⁹ Mediante esta enmienda, el Congreso Federal impone a los estados el cumplimiento del principio de igualdad ante la ley. Así, Joseph Tussman y Jacobus Tenbroek señalan: “nosotros sabemos que la cláusula de igual protección fue diseñada para imponer a los Estados una obligación positiva de suministrar a todas las personas el goce de sus naturales e inalienables derechos —especialmente el de la vida, libertad y propiedad— y ejercerlos todos por igual”.⁹⁰

Como ya señalamos, la XIV enmienda contiene la prohibición a los estados de negar la igual protección de la ley a cualquier persona. No obstante, el gobierno federal no estaba obligado por dicha enmienda; así lo señalaba la sentencia *John Barrow vs. The mayor and city Council of Baltimore*.⁹¹ No fue sino hasta la sentencia dictada en el caso *Bolling vs. Sharpe*,⁹²

can Constitutional Law, cit. Para la doctrina más importante de la Corte Suprema de los Estados Unidos véase Rotunda, Ronald D., *Modern Constitutional Law. Cases and Notes*, Estados Unidos de América, West Publishing, 1997; O’Brien, David, *Constitutional Law and Politics*, V. II Civil Rights and Civil Liberties, Nueva York, W.W. Norton and Company, 2000. En español una buena introducción al derecho constitucional de los Estados Unidos de América es Currie, David, *Introducción a la Constitución de los Estados Unidos, cit.*; véase también Rosenfeld, Michel, *Nacimiento y evolución de los derechos humanos en los Estados Unidos, cit.*

⁸⁸ *Ibidem*, p. 47. En Europa no es hasta 1874 cuando se introduce una cláusula similar en la Constitución federal suiza. Leibholz, Gerhard, “Equality as a Principle in German and Swiss Constitutional Law”, *Journal of Public Law*, 1954, vol. 3, pp. 156.

⁸⁹ Tussman, Joseph y Tenbroek, Jacobus, “The Equal Protection of the Laws”, *cit.*, p. 341.

⁹⁰ *Idem*.

⁹¹ *John Barrow vs. The mayor and city Council of Baltimore* 32 U. S. 243 (1833). El juez Marshal señaló que la Corte Suprema no tenía jurisdicción en este asunto, ya que la enmienda V no es aplicable a los estados.

⁹² *Bolling vs. Sharpe*, 347 U. S. 497 (1954). A través de esta sentencia se abolió la segregación racial en el distrito de Columbia, el mismo día en que *Brown vs. Board of*

cuando la Corte Suprema equiparó el mandato de igual protección de la enmienda XIV, que obligaba a los estados, con el texto de la enmienda V, a la que debía ceñirse el gobierno federal.⁹³

Hoy, toda clasificación basada en la raza es sospechosa de atentar contra el principio de igualdad. Los tribunales tienen la libertad de determinar si una persona ha sido objeto de discriminación. Para esto, la Corte Suprema ha señalado algunos criterios de clasificación especialmente odiosos, por haber sido históricamente utilizados para discriminar, como la raza o el género. Estos criterios están prohibidos, por regla general, por la doctrina de la Corte. Sin embargo, las clasificaciones basadas en algunos de estos criterios estarían permitidas si son necesarias para promover, en el caso de la raza, un “apremiante interés” del Estado y, en el caso del género, un “interés importante”. Como veremos más adelante, para llegar a esta conclusión se necesita que el juzgador encuentre que el uso de la clasificación tiene incluso más peso que el propósito de la enmienda XIV.⁹⁴

El arribo a esta presente interpretación no fue fácil. En una primera aproximación debemos señalar que en las sentencias inmediatamente posteriores a la guerra de secesión las asambleas legislativas sureñas habían promulgado “códigos negros” (*black codes*), leyes especiales tan crudas que constituían intentos apenas velados de restituir la esclavitud. Por ejemplo, Carolina del Sur prohibía a los negros la práctica de “arte, oficio o negocio de artesano, mecánico o tendero, o cualquier otro oficio, empleo o negocio”.⁹⁵ Otras normas proscribían matrimonios interraciales y suministraban penas más estrictas por adulterio o fornicación cuando las parejas eran de diferentes razas; esas leyes habían llegado a ser muy numerosas en Estados Unidos. En el caso *Pace vs. Alabama*,⁹⁶ de 1882, se conoce sobre la constitucionalidad de una ley que suministra penas

Education lo hacía en los Estados: “En vista de nuestra decisión de que la Constitución prohíbe a los Estados mantener escuelas públicas racialmente segregadas, sería impensable que la misma Constitución impusiera un deber menor al gobierno federal”.

⁹³ Fiss, Owen, M. “Racial Discrimination”, en Levy, Leonard, *Encyclopaedia of the American Constitution*, 1986, p. 1501.

⁹⁴ Rotunda, Ronald D., *Modern Constitutional Law...*, *cit.*, p. 314.

⁹⁵ Sandburg, Carl, “Diecisiete palabras. La reposada revolución de la decimocuarta enmienda”, *cit.*, p. 46, y González Martín, Nuria, “Políticas de acción positiva por razón de raza en los Estados Unidos de América y respectivo breve panorama europeo”, *cit.*, pp. 75-79.

⁹⁶ 106 U. S. (1882).

más severas por estos delitos si la pareja que los comete se conforma de una persona negra y otra blanca que si la pareja es de la misma raza. Así, si ambos eran de la misma raza la pena era una multa de no menos de \$100 y una pena de prisión de no menos de 6 meses. En cambio, la pena por estos delitos en parejas interraciales no podía ser menor de 2 años de prisión. La ley fue considerada constitucional por unanimidad de votos, ya que, según el punto de vista de los magistrados, la norma era aplicada por igual a las dos razas, pues el legislador estatal no realiza la clasificación tomando como criterio la raza, sino el crimen: cometer adulterio o fornicación con una persona de diferente raza.

La inserción de la enmienda XIV, el 28 de julio de 1868, al texto constitucional de los Estados Unidos, se ha interpretado como la primera ocasión en que se estableció el principio de igualdad en la ley, o lo que es lo mismo, en su contenido.⁹⁷ No obstante, una de las primeras interpretaciones de la Corte Suprema después de la aprobación de la enmienda fue la sentencia *Slaughterhouse* de 1873,⁹⁸ donde se limitaba a abolir los privilegios legales a determinados ciudadanos.⁹⁹

El primer antecedente jurisprudencial de prohibición de discriminación en la ley se lo debemos a la sentencia *Yick Wo vs. Hopking*¹⁰⁰ de 1886. La sentencia conoce sobre un decreto que prohibía la operación de lavanderías en edificios de madera sin el consentimiento de supervisores del estado. Al demandante, como a todas las personas de ascendencia china, le fueron denegados los permisos para operar en dichos edificios, mientras que no sucedía lo mismo con personas de “raza blanca”. Esto fue considerado como discriminatorio y, por lo tanto, contrario a la cláusula de igual protección de la ley.

⁹⁷ Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, p. 45. Véase también Giménez Gluck, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 27.

⁹⁸ 83, U. S. 36, 1873.

⁹⁹ Un conjunto de blancos sostuvo que el establecimiento de un monopolio de carniceros por parte del gobierno de la Reconstrucción de Louisiana violaba las disposiciones de la enmienda XIV. Currie, David, “The Constitution in the Supreme Court. The Protection of Economic Interest, 1889-1910”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 52, 1985, pp. 342-351.

¹⁰⁰ 118 U. S. (1886).

6. *El principio de separados, pero iguales*

Aunque lejos en el tiempo encontramos aquella época en que la esclavitud era una institución en los Estados Unidos de América, más cerca de nosotros descubrimos aquel periodo en el que estuvo en vigor el principio de separados, pero iguales, introducido en la sentencia *Plessy vs. Ferguson*,¹⁰¹ que constitucionalizó la segregación racial: la Corte Suprema basa sus posteriores resoluciones en la sentencia *Plessy*.

En realidad, el concepto de separados, pero iguales aparece en una sentencia previa a la guerra civil, en una decisión de la Corte de Massachusetts: *Robert vs. City of Boston*.¹⁰² Sin embargo, no es hasta la sentencia de *Plessy vs. Ferguson*,¹⁰³ cuando la doctrina de “separados, pero iguales” toma fuerza constitucional al considerar que la segregación racial no es contraria a la Constitución.¹⁰⁴

Bajo el principio de separados, pero iguales, las minorías raciales eran mantenidas separadas de la mayoría blanca. El asunto *Plessy vs. Ferguson* se originó por el arresto de Homer Plessy, un hombre negro¹⁰⁵ que se negó a abordar el vagón para negros (*colored coach*). La segregación se fundamentaba en una ley del estado de Luisiana que obligaba la separación racial de los vagones del ferrocarril interestatal.¹⁰⁶ La demanda se fundamentaba en

¹⁰¹ 163 U. S. 537 (1896).

¹⁰² 59 Mass (5 Cush.) 198 (1950).

¹⁰³ 163 U. S. 537 (1896).

¹⁰⁴ Bernstein, Barton J., “Case Law in *Plessy vs. Ferguson*”, *The Journal of Negro History*, vol. 47, núm. 3, pp. 192-198. Véase también Wisdom, John M., “*Plessy vs. Ferguson 100 Years Later*”, *Wash. & Lee Law Review*, vol. 53, pp. 9-20. En el sur los niños negros iban a escuelas segregadas de inferior calidad. Además, a los jóvenes negros se les negaba el ingreso a las universidades estatales. Los negros, cuando viajaban, tenían que usar salas de espera y secciones segregadas en los autobuses. No se les permitía sentarse junto a los blancos en los teatros, cines, restaurantes o ante el mostrador e incluso en muchas iglesias. El voto de los negros estaba sujeto a fraudes. En el norte del país, los negros de las ciudades se enfrentaban a varios tipos de discriminación. Por ejemplo, estaban obligados a vivir en guetos negros de los suburbios. Eliot Morison, Samuel *et al.*, *Breve historia de los Estados Unidos*, traducción de Odon Durán D’Oion, Faustino Ballvé y Juan José Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 824, y González Martín, Nuria, “Políticas de acción positiva por razón de raza en los Estados Unidos de América y respectivo breve panorama europeo”, *cit.*, p. 110.

¹⁰⁵ Citado por Cobb, James, “Segregation the New South: The Origins and Legacy of *Plessy vs. Ferguson*”, *Georgia State University Law Review*, vol. 12, 1995-1996, p. 1017.

¹⁰⁶ La animadversión hacia los negros motivó la creación de normas segregacionistas. Según Foster, la presencia de un grupo de negros prósperos que viajaban en tren a las playas del Golfo de México ofendió a un grupo de blancos que presionó a la compañía

una supuesta violación de las enmiendas XIII y XIV. La Corte optó por examinar los precedentes que facultaban a las asambleas locales para legislar en esta materia.¹⁰⁷ La segregación racial estaba amparada, según la Corte Suprema, por la potestad del estado de velar por la seguridad. Este es el razonamiento que se venía dando en casos similares. En el estado de Tennessee, por ejemplo, un tribunal federal señala que estaba justificado segregar a los pasajeros para evitar protestas y fricciones: “to avoid complaint and friction”.¹⁰⁸ La Corte declara:

Es claro que el objetivo de la enmienda [XIII] fue, sin ninguna duda, establecer la igualdad social —diferenciadas de la igualdad política— o la mezcla de razas en términos que no dejarían satisfechas ni a una ni a otro. Las leyes que consientan, o incluso que obliguen a la separación entre las razas, en lugares en los que puedan estar en contacto, no implican necesariamente la inferioridad de una respecto de otra. Además, está general y universalmente admitido que tales leyes se encuentran dentro de la competencia del Poder Legislativo de los Estados, en el ejercicio de su poder de policía.¹⁰⁹

La Corte rechaza el argumento de que la segregación etiquetaba a la raza negra como inferior.¹¹⁰ El razonamiento siempre fue que la segregación no implicaba desigualdad: “iguales”, pero “separados” era la premisa. Los servicios, en teoría, eran prestados a las dos razas por igual. No obstante, *de facto* nunca fue así: por ejemplo, el precio que pagaban los blancos en un vagón de lujo era el mismo para los negros que quisieran viajar en los vagones de segunda.

de ferrocarril para promover leyes que prohibieran que negros y blancos viajaran juntos. Foster, Mark S., “In the Face of «Jim Crow»: Prosperous Blacks and Vacations, Travel and Outdoor Leisure”, *Journal of Negro History*, vol. 84, núm. 2, 1999, p. 130.

¹⁰⁷ En la época en que se legaliza la segregación racial se le conoce como era Jim Crow, por una popular pieza del teatro de revista de aquellos años. La obra popularizó la letra de la canción *El salto de Jim Crow*. Este tipo de obras formaba parte del folklore de la época, que estereotipaba a la raza negra como inferior. También es conocida con este nombre la segregación racial en el ferrocarril. González Martín, Nuria, “Políticas de acción positiva por razón de raza en los Estados Unidos de América y respectivo breve panorama europeo”, *cit.*, p. 107, nota 14.

¹⁰⁸ Cobb, James, “Segregation the New South: The Origins and Legacy of Plessy *vs.* Ferguson”, *cit.*, p. 1017.

¹⁰⁹ Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, *cit.*, p. 158.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 551.

En la sentencia *Plessy* sólo la voz disidente del juez Harland se alzó con la frase: “Nuestra Constitución es ciega al color (o *color blind*: daltónica) y nadie distingue ni tolera clases entre ciudadanos. Con respecto a los derechos civiles, todos los ciudadanos son iguales ante la ley”.¹¹¹ Joseph Tussman y Jacobus Tenbruek escriben, en 1949, acerca de las leyes que aplicaban la segregación racial, señalando que “evaden la condena de la discriminación hecha por la cláusula de igual protección de la ley, amparándose tercamente en la doctrina de separados, pero iguales”.¹¹²

En la época de la doctrina de separados, pero iguales, se conocen asuntos relacionados con la educación, como *Berea College vs. Kentucky*,¹¹³ donde la Corte Suprema ratificó la decisión de mantener una multa impuesta en el estado de Kentucky a un colegio privado por permitir que niños blancos y negros estudiaran juntos. La segregación legalizada pronto se extendió a otros ámbitos, como el del transporte municipal, fábricas, hospitales estatales, instituciones penales, parques públicos¹¹⁴ o la vivienda.¹¹⁵

7. La judicial review y la defensa de la cláusula de igualdad

En este apartado defenderemos la legitimidad del hecho de que el juez constitucional sea el último intérprete del principio de igualdad. De ahí

¹¹¹ 163 U. S. 537, 559 (1896). El voto disidente del magistrado Harland señala: “Our Constitution is colour-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens. In respect of civil rights, all citizens are equal before the law”. La metáfora, creada por Albion W. Tourgee, abogado de la parte demandante, señala: “La justicia es descrita como ciega, y su hija, la ley, deberá por lo menos ser ciega al color”. Citado por Fiss, Owen M., “Groups and the Equal Protection Clause”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 5, 1976, p. 96, nota 17. El magistrado Harland, sin embargo, había sido dueño de esclavos en Kentucky: Yarbrough, Tinsley, “Protección de los derechos de las minorías”, *Documentos de la Democracia*, núm. 11. En línea: <http://usinfo.state.gov/espanol/infousa/govt/files/democ/demo11.htm>, se accedió a la página el 3 de marzo de 2005.

¹¹² Tussman, Joseph y Tenbroek, Jacobus, “The Equal Protection of the Laws”, *cit.*, p. 355.

¹¹³ 211 U. S. (1908). “Los blancos se consideran la raza dominante en este país. Ello es cierto, en términos de prestigio y de éxito social, de educación, de riqueza y de poder... Pero a ojos de la Constitución y a los de la ley en este país no hay una raza superior a las otras, ni que las domine o las dirija. No tenemos un sistema de castas o diferencias entre los ciudadanos. En materia de derechos civiles todos los ciudadanos somos iguales ante la ley”. Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, *cit.*, 162.

¹¹⁴ Véase Rice, Roger L., “Residential Segregation by Law, 1910-1917”, *The Journal of Southern History*, vol. 34, núm. 2, 1968, p. 180.

¹¹⁵ *Hopkins vs. City of Richmond*, 117, Va. 692, 86 S. E. 139 (1915).

que sea importante aclarar que la facultad de la Corte Suprema de los Estados Unidos de revisar la constitucionalidad de las normas no deriva directamente del texto constitucional. Así, el uso de esta facultad ha sido siempre polémico, y cuanto más se ha alejado la Corte de las opiniones dominantes de la opinión pública, más se ha discutido acerca de la legitimidad de sus resoluciones.¹¹⁶

La pregunta que se hacen la mayoría de constitucionalistas en los Estados Unidos es si la Corte Suprema de los Estados Unidos debe tomar en cuenta a la opinión pública a la hora de fallar, y si las respuestas justas las encontramos en el consenso.¹¹⁷ La ley que se ha de enjuiciar proviene de un parlamento elegido periódicamente por el sufragio universal. El juez constitucional, en cambio, es designado por el Ejecutivo. De esta forma, dentro de la Corte no se reflejan obligatoriamente las opiniones de la sociedad, por lo que las decisiones de aquellos asuntos muy controvertidos pueden no coincidir con la opinión pública: “El tribunal no es un microcosmos de la sociedad, pues los jueces que lo componen se reclutan de entre un grupo de personas socialmente reducido...”.¹¹⁸ Pero ¿en realidad necesitamos que la Corte resuelva de acuerdo con el sentir popular? Para nosotros esto sería un error.

Veamos el tipo de decisiones que pueden resultar de pulsar las opiniones de la gente en temas como las *affirmative actions*: el 3 de noviembre de 1992 el 53% de los electores del estado de Colorado, Estados Unidos, votaron a favor de una enmienda a la Constitución local.¹¹⁹ La enmienda prohibía a cualquier rama del gobierno la adopción de políticas para proteger los derechos de los homosexuales o bisexuales. Se eliminaban, también los programas de *affirmative actions* vigentes en Aspen, Boulder y Denver. La iniciativa había sido sometida al electorado y aprobada

¹¹⁶ Arbos, Xavier, “De Wechsler a Bickel. Un episodio de la doctrina constitucional norteamericana”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 5, núm. 44, 1995, p. 264.

¹¹⁷ Véase Ku, Raymond, “Consensus of the Governed: The Legitimacy of Constitutional Change”, *Fordham Law Review*, vol 64, 1995-1996, p. 535-586.

¹¹⁸ Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, cit., p. 193.

¹¹⁹ La propuesta de enmienda de la Constitución de Colorado decía textualmente: “No protected status based on homosexual, lesbian or bisexual orientation. Neither the State of Colorado... nor any of its agencies, political subdivisions, municipalities or school districts, shall enact, adopt or enforce any statute, regulation, ordinance or policy whereby homosexual, lesbian or bisexual orientation, conduct, practices or relationships shall constitute or otherwise be the basis of, or entitle any person to have or claim any minority status, quota preferences, protected status or claim of discrimination...”.

en las elecciones generales del estado. Era, en suma, decisión de la mayoría.¹²⁰

La decisión no era tomada por una asamblea que representaba a los gobernados; era tomada por el pueblo mismo del aquí y ahora: “We the people”; en contra de una minoría diferenciada y aislada. La pregunta obligada sería: ¿puede un proceso libre y democrático ir en contra de los intereses de una minoría? La mayoría de las personas en Estados Unidos —señala Dworkin—

...están de acuerdo en que en algunas ocasiones la voluntad mayoritaria no debería ser siempre el juez final respecto de cuando su propio poder debe ser limitado para proteger derechos individuales, y aceptan que, al menos algunas de las decisiones de la Corte Suprema que revirtieron la legislación popular, como lo hizo la decisión *Brown*, son correctas.¹²¹

¹²⁰ Sobre la enmienda a la sentencia de Colorado véase Burke, Craig Cassin, “Fencing out Political Unpopular Groups from the Normal Political Process: The Equal Protection Concerns of a Colorado Amendment Two”, *Indiana Law Journal*, vol. 69, 1993-1994, pp. 275-298; Graverholz, Stephanie L., “Colorado’s Amendment 2 Defeated: The Emergence of a Fundamental Right to Participate in the Political Process”, *DePaul Law Review*, vol. 44, 1994-1995, pp. 841-915; Ku, Raymond, “Consensus of the Governed: The Legitimacy of Constitutional Change”, *cit.*; Zmansky, Stephen, “Colorado’s Amendment 2 and Homosexual’s Right to Equal Protection of the Law”, *Boston College Law Review*, vol. 35, 1993-1994, pp. 221-258; Dailey, John Daniel y Farley, Paul, “Colorado’s Amendment 2: A Result in Search of Reason”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol 20, 1996-1997, pp. 215-278; Thedmans, David, “The Reincarnation of Jim Crow: A Thirteenth Amendment Analysis of Colorado’s Amendment 2”, *Temple Political & Civil Rights Law Review*, vol. 4, 1994, pp 133-166.

¹²¹ Dworkin, Ronald, “La lectura moral y la premisa mayoritaria”, en Koh, Harold Hongju y Slye, Ronald C. (comps.) *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 2004, p. 116. “De hecho, nos resistimos a —señala Rosenkrantz, quien fuera alumno y colaborador de Santiago Nino— alguna conexión entre lo que se decide la mayoría y lo que es moralmente correcto”. Rosenkrantz, Carlos, “La teoría epistémica de la democracia revisitada”, en Koh, Harold Hongju y Slye, Ronald C. (comps.) *Democracia deliberativa y derechos humanos*, *cit.*, pp. 279 y 280. Una postura contraria es sostenida por Juan Carlos Bayón. Para él, “la idea de que no es legítimo usar el «derecho de autonomía pública» para decidir acerca de los derechos fundamentales, simplemente porque puede producir decisiones que los vulneren y su vulneración es injustificable, olvida precisamente que las decisiones son inevitables y que el hecho de que uno de los procedimientos de decisión posibles no puede ser por sí sólo una razón suficiente para descartarlo cuando todos los demás también los son”. Bayón Mohino, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”. En línea: www.upf.edu/dret/filos/foro04/democjust.rtf, se accedió a la página el 14 de marzo de 2005, p. 29. El ensayo puede consultarse también en Bayón Mohino, Juan Carlos, “Derechos, democracia y Constitución”, en Laporta, Francisco J. (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp.

Este caso ilustra bien el problema del constitucionalismo, que consiste en la tensión entre Constitución y democracia. El derecho a la autodeterminación (principio democrático) se enfrenta con otro derecho: el derecho a ser tratado con igual libertad (principio constitucional de la igualdad). Cuando el proceso pone en juego la libertad de la comunidad no debe bastar la decisión de la mayoría. Y es que cuando una parte de la población se queda marginada todos perdemos una parte de nuestra libertad.

Raymond Ku señala que las reformas constitucionales son válidas sólo si representan los deseos del pueblo en su totalidad, que se puede lograr —agrega— con una aprobación unánime, o mediante filtros que aproximen al conocimiento de esos deseos.¹²² Entre la idea de que las decisiones se deben adoptar por una mayoría y la clásica doctrina de que algunas cuestiones se deben excluir de las discusiones se advierte una “tensión”.¹²³ ¿Cómo entender ahora la relación entre ley y Constitución?, ¿cuál es el papel de las decisiones mayoritarias frente a la Constitución?, ¿los derechos fundamentales deben conservarse al margen de las discusiones; deben estar fuera de la agenda política? La respuesta hasta hace algunos años hubiera sido contestada con un rotundo sí: los derechos fundamentales como “triumfos”¹²⁴ de una minoría sobre la mayoría se encontraban “atrincherados”,¹²⁵ se es-

399-422. Para Bayón, las decisiones lesivas pueden ser tomadas por la mayoría o por una minoría cualificada en el Legislativo, incluso por el órgano Judicial al interpretar la Constitución. Marian Ahumada retoma los argumentos de Bayón. Para Ahumada, “al adoptar un procedimiento de control de constitucionalidad... En realidad se trata de superponer un procedimiento no democrático al procedimiento democrático para resolver cuestiones que afectan a las «condiciones» de la democracia”. Ahumada Ruiz, Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, Navarra, Thomson-Civitas, 2005, p. 159. Lo que no toman en cuenta Juan Carlos Bayón y Marian Ahumada es el hecho de que la labor de los jueces es velar precisamente para que no se lesionen los derechos de los más débiles. Los jueces constitucionales son expertos en derecho y debieran ser escogidos entre aquellos que se distinguiesen por defender los derechos fundamentales de las minorías. De no ser así, las mayorías podrían tomar decisiones perjudiciales para la minoría: la mayoría puede estar motivada por cuestiones egoísticas.

¹²² Ku, Raymond, “Consensus of the Governed: The Legitimacy of Constitutional change”, *cit.*, p. 541.

¹²³ Laporta, Francisco J., “El ámbito de la Constitución”, *Doxa*, núm. 24, 2001, p. 460.

¹²⁴ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, *cit.*, p. 37.

¹²⁵ En la doctrina anglosajona se ha utilizado el verbo *to entrench* —atrincherar— sobre todo durante la polémica acerca de la conveniencia de promulgar una carta de derechos en el Reino Unido, conocida como Charter 88, que, como sabemos, dio lugar a la *Human Rights Act* —o HRA— de 1998, que entró en vigor el primero de octubre del 2000. Véase Fritz, Christian G., “An Entrenched Bill of Rights for the United Kingdom: The Constitutional Dilemma”, *Anglo-American Law Review*, vol. 10, 1981, pp.

tablecía así un “coto vedado”.¹²⁶ Sin embargo, esto se pone en tela de juicio cada vez con más frecuencia.

El caso de la Constitución de Colorado fue resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos en la sentencia *Romer vs. Evans*,¹²⁷ señalando que la ley del estado de Colorado que prohibía cualquier tipo de protección antidiscriminatoria a favor de los homosexuales violaba los derechos a la protección equitativa de dicho grupo.¹²⁸ La Corte Suprema señaló que la enmienda segunda de la Constitución del estado de Colorado era inconstitucional. Según la opinión del magistrado Kennedy la decisión sólo podía estar sustentada en un arcaico deseo de causar perjuicio a un grupo políticamente impopular. La enmienda parece difícil de explicar por otro motivo que no sea una animosidad hacia la clase afectada.¹²⁹

El argumento en contra de esta ley no era nuevo. Aquellos que desafiaron una ley del estado de Georgia que penalizaba la sodomía sostuvieron que el estado no tenía ningún derecho a promulgar una legislación criminal cuando la única razón para hacerlo es que la mayoría desaprueba moralmente aquello que la ley penaliza.¹³⁰ No obstante el argumento

105-120. La traducción literal al castellano de “atrincherar” ha sido utilizada por algunos autores, como Laporta, Francisco J., “El ámbito de la Constitución”, *cit.*, 2001, p. 463.

¹²⁶ Garzón Valdés hace mucho que insiste en la idea de un “coto vedado” en que se resguardarían los derechos fundamentales “no negociables”, como condición necesaria de la democracia representativa. Véase por ejemplo las obras siguientes: *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; “El papel del Poder Judicial en la transición a la democracia”, *Isonomía*, núm. 18, 2003, pp. 27-75; “El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías”, *Isonomía*, núm. 12, 2000, p. 20. Esta terminología ha sido utilizada en España; véase Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 138; Bayón Mohino, Juan Carlos, “Derechos, democracia y Constitución”, *cit.*; Laporta, Francisco J., “El ámbito de la Constitución”, *cit.*, p. 477.

¹²⁷ *Romer vs. Evans*, 116 S. Ct. 1620 (1996). Sobre el castigo cruel e inhumano véase Hart Ely, John, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, traducción de Magdalena Holguín, Colombia, Siglo de Hombre Editores, 1997.

¹²⁸ Flagg, Bárbara, “Animus and Moral Disapproval: A Comment on *Romer vs. Evans*”, *Minnesota Law Review*, vol. 82, 1997-1998, p. 833.

¹²⁹ Citado por Balkin, Jack M., “The Constitution of Status”, *Yale Law Journal*, vol. 106, 1997, p. 2317.

¹³⁰ En este mismo sentido el voto particular del magistrado Stevens en la sentencia *Bowers vs. Hardwick*. El magistrado señala que “De nuestra doctrina anterior se desprenden sin ningún género de dudas dos ideas. La primera es que la opinión pública de un Estado considere mayoritariamente inmoral un determinado comportamiento no es razón

contrario venció en la Corte Suprema. El magistrado Byron White, como ponente, señaló, en *Bowers vs. Hardwick*,¹³¹ que “los derechos que protege la cláusula del debido proceso sólo son aquellos que están profundamente enraizados en la historia y tradición de la nación”. Si contamos con el antecedente de que hasta 1961 los cincuenta estados norteamericanos habían prohibido dicha conducta sexual, se puede concluir que no hay nada de lo que podamos inferir que el derecho a una libertad sexual de los homosexuales deba ser protegido.

La mayoría de los magistrados de la Corte Suprema parecen haberse puesto de acuerdo con respecto al valor de los designios de la mayoría en la sentencia de *Roper vs. Christopher Simmons*,¹³² donde se conoce sobre la constitucionalidad de la pena de muerte para menores de edad. Anthony Kennedy, relator de la sentencia, estableció que la sociedad estadounidense ve a los jóvenes como “menos culpables que la media criminal”.¹³³

Por lo menos respecto a este tipo de asuntos la Corte parece atender al “consenso”. Según esta posición, los “valores ampliamente compartidos” de la sociedad deberían dar contenido a las disposiciones abiertas de la Constitución. La tarea de la Corte es determinar el peso del principio moral en la sociedad y vincularlo con el derecho constitucional.¹³⁴

por sí misma válida para sustentar la constitucionalidad de la ley que lo prohíbe... La segunda es que las decisiones de los cónyuges sobre sus relaciones íntimas, incluso si no están encaminadas a la procreación, son una forma de libertad protegida por la cláusula de proceso debido de la enmienda XIV”. Sobre esta sentencia véase Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, cit.*, pp. 485-499.

¹³¹ 478 U. S. 186 (1986).

¹³² *Roper vs. Christopher Simmons* 543, U. S. (2005). Starling, Marshall, “Predictive Justice: Simmons vs. Roper and the Possible End of the Juvenile Death Penalty”, *Fordham Law Review*, vol. 72, 2003-2004, pp. 2889-2931; Wellington, Harry H., “Common Law Rules and Constituitional Double Standard: Some Notes on Adjudication”, *Yale Law Journal*, vol. 83, p. 284.

¹³³ Los que se oponen a la pena de muerte, como Amnistía Internacional, calificaron la decisión como una gran victoria, que se sumaría a la que ya obtuvieran en 2002, cuando se prohibió este castigo “cruel” a los criminales que tuvieran algún tipo de retraso mental, de acuerdo con la enmienda octava de la Constitución. Véase Pozzi, Sandro, “El Supremo de EE. UU. prohíbe la pena capital para los menores de 18”, *El País*, 2 de marzo de 2005.

¹³⁴ Roberts, Julian V., “Public Opinion, Crime, and Justice”, *Crime and Justice*, vol. 16, 1992, pp. 99-180.

En las sentencias *Roper vs. Christopher Simmons*¹³⁵ y *Bowers vs. Hardwick*¹³⁶ se analiza la opinión de la mayoría; sin embargo, las opiniones de una mayoría basadas en un criterio egoísta no pueden ser consideradas legítimas; tampoco los veredictos del pueblo asentados en prejuicios o animadversiones, como lo señalara el magistrado Kennedy, pueden ser considerados válidos.¹³⁷ Parece lógico suponer que la opinión de la mayoría debe tomarse en cuenta a la hora de decidir asuntos tan polémicos que personas razonables no parezcan ponerse de acuerdo; asuntos en los que más de una solución parezca sensata. Sin embargo, en todos los casos donde se discute sobre derechos de minorías “diferenciadas y aisladas” el criterio no puede ser atender la opinión de la mayoría; las minorías no cuentan con el mismo poder político, por lo que debería atenderse con especial deferencia la opinión de aquellos que se encuentran en una situación de desventaja.

II. LA DEFENSA DE LA IGUALDAD DESDE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Una defensa del constitucionalismo tendría que partir de la defensa de los derechos fundamentales.¹³⁸ La legitimidad de esa defensa —encarga-

¹³⁵ *Roper vs. Christopher Simmons* 543, U. S. (2005). Starling, Marshall, “Predictive Justice: Simmons vs. Roper and the Possible End of the Juvenile Death Penalty”, *Fordham Law Review*, vol. 72, 2003-2004, pp. 2889-2931; Wellington, Harry H., “Common Law Rules and Constitutional Double Standard: Some Notes on Adjudication”, *Yale Law Journal*, vol. 83, p. 284.

¹³⁶ 478 U. S. 186 (1986).

¹³⁷ Es útil diferenciar también lo que es propio de la moral privada y distinguirlo de la pública. Para Gargarella, aquellos temas vinculados sólo con una moral privada “es el propio sujeto y no los legisladores, los jueces o alguna mayoría ocasional, quien debe decidir lo que prefiere hacer”. Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 214. La lógica sería que aquellos actos privados que no producen daños sobre terceros deben dejarse a la libre voluntad de las personas. Si afectan a un tercero, nos encontraríamos ante un acto que atañe a la moral pública: “la justicia debe mostrar deferencia respecto de los actos del legislador en cuestiones de moral pública, pero debe estar muy atenta y vigilante frente a decisiones políticas que puedan afectar la vida privada de los individuos, y, en particular, su posición por ciertos planes de vida”. *Ibidem*, p. 218.

¹³⁸ No sugerimos que el constitucionalismo se refiera sólo a la defensa de los derechos fundamentales, pero sí es una parte medular. La Constitución norteamericana, según Nedeslsky, es un esfuerzo por equilibrar los derechos personales, los derechos de propiedad y los derechos políticos. La característica más importante del constitucionalismo es “la continua tensión entre derechos políticos y derechos civiles, entre democracia y derechos individuales como límites al gobierno...”. El término “constitucionalismo” denota la forma como se limita la acción democrática en los Estados Unidos. Los límites al proceso democrático

da a los tribunales constitucionales en el caso de la Europa continental y a una Corte Suprema en el caso norteamericano— está hoy en tela de juicio. En Estados Unidos de Norteamérica, la Corte Suprema con frecuencia decide casos donde algún derecho fundamental está en peligro. Ha decidido también sobre la existencia de algunos derechos que no están expresamente establecidos en la Constitución. Las críticas a esta labor de la Corte se dan en torno a dos cuestiones: en primer lugar se duda de la legitimidad misma de la *judicial review*. Algunos de los argumentos en contra de ésta serían: viola la división de poderes,¹³⁹ su creación obedece a criterios elitistas,¹⁴⁰ no es legítimo que un cuerpo colegiado¹⁴¹ decida sobre cuestiones que ya fueron decididas por la mayoría legislativa (dificultad contramayoritaria).¹⁴² Por último, algunos consideran que las decisiones dentro de ese grupo reducido de personas no tiene un sustento epistémico: las respuestas correctas se alcanzan en la deliberación pública.

Lo que se pone en duda no es sólo la institución de la *judicial review*, sino la conveniencia de que las decisiones acerca de los derechos funda-

están dados por valores: “valores limitantes” que no se derivan de los valores democráticos ni son reducibles a ellos. El constitucionalismo sería entonces el equilibrio y la tensión entre democracia y los valores limitantes en el sistema constitucional estadounidense. Nedelsky, Jennifer, “El constitucionalismo estadounidense y la paradoja de la propiedad privada”, *cit.*, p. 268 y nota 7. Esta concepción de constitucionalismo es la misma que sostiene Elster: “El vocablo constitucionalismo alude a aquellos límites sobre las decisiones mayoritarias; de modo más específico, a los límites que en cierto sentido son autoimpuestos”. Elster agrega que no todas las regulaciones son elaboradas pensando en estos límites: “muchas son proyectadas como formas sin las cuales no podrían existir un gobierno mayoritario”. Por lo que las Constituciones cumplen dos funciones: “proteger los derechos individuales y constituir un obstáculo a ciertos cambios políticos que tendrían lugar si fuera del interés de la mayoría”. Es decir, otorgan seguridad vía continuidad de las reglas que hacen posible el juego democrático. Elster, Jon y Slagstad, Rune, *Constitucionalismo y democracia*, *cit.*, pp. 34 y 35.

¹³⁹ La idea de la división de poderes entendida como un principio absoluto, nos atrevemos a decir, ya no es defendida por nadie, sin embargo, el conflicto entre los poderes sí que sigue siendo un argumento cuando hablamos de la *judicial review*. Esa es la posición de Kelsen y de Habermas.

¹⁴⁰ La propuesta de Dworkin es que el juez hercúleo llegaría a la respuesta correcta apelando a los principios de justicia; esta idea ha sido considerada elitista por sus retractores. Dworkin imagina a un juez dotado de “habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas”, a quien llama Hércules. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, *cit.*, p. 177.

¹⁴¹ Las decisiones en la Corte Suprema de los Estados Unidos en su función de intérprete máximo de la Constitución son tomadas en sesión plenaria. Basta con mayoría simple para darle un sentido a las resoluciones. La ley que rige las funciones de la Corte establece que los asuntos tendrán un magistrado; él preparará la propuesta de sentencia que será votada más tarde.

¹⁴² Esta es la propuesta de Alexander Bickel en *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962.

mentales no estén en manos del pueblo aquí y ahora. Por tanto, en las siguientes páginas el objetivo será doble. En primer lugar, defender la *judicial review* argumentando que ésta es la vía más idónea para la defensa de la Constitución, sobre todo de los derechos fundamentales. El otro objetivo es defender que algunos derechos protegidos por la Constitución sólo pueden ser modificados con la finalidad de extenderlos. Aquí pensamos exclusivamente en el principio de igual protección de la ley.

1. *¿Justicia o moral pública?*

El principio de igualdad se ha construido a través de siglos.¹⁴³ Sin embargo, nos encontramos ante un tema tan polémico que se antoja difícil que se vislumbre una respuesta única y correcta. De ahí que una cuestión elemental para nuestro estudio sería determinar cómo deben construirse las decisiones acerca de la igualdad, y más concretamente, acerca de las *affirmative actions*. Podemos preguntarnos entonces: ¿en las decisiones que se refieren a las *affirmative actions* debe tomarse en cuenta a la opinión pública?¹⁴⁴ Gail Heriot tiene una respuesta afirmativa para esta pregunta.¹⁴⁵ Según él, cuando la sociedad en general se negaba clamorosamente a las leyes discriminatorias, la Corte, al no escuchar la voluntad del pueblo, actuaba contra la mayoritaria —o *counter-majoritarian*—.¹⁴⁶

El error de Gail Heriot es no distinguir la diferencia entre las normas que buscaban la segregación de la raza negra y las que buscan la integración de los negros en la sociedad, o que simplemente buscan la igualdad entre las razas. Hay una diferencia de moralidad entre ambas decisiones. Si partimos de la premisa de que el juez constitucional se encuentra legitimado para anular normas que vayan en contra de la igualdad, y que al hacerlo inter-

¹⁴³ Para Laporta, en España reflexionar sobre en núcleo esencial de la Constitución, los *Constitutional Essentials* de Rawls, ha sido labor de filósofos más que de constitucionalistas, que tendrían “un punto de vista interno”. Laporta, Francisco J., “El ámbito de la Constitución”, *cit.*, p. 460.

¹⁴⁴ Friedman, Lawrence, “Public Opinion and Strict Scrutiny Equal Protection Review: Higher Education Affirmative Action and the Future of the Equal Protection Framework”, *Boston College Law Scholl*, vol. XXIV, núm. 2, 2004, pp. 267-282.

¹⁴⁵ Heriot, Gail L., “Strict Scrutiny Opinion and Affirmative Action on Campus: Should the Court Find a Narrowly Tailored Solution to a Compelling Need in a Policy most Americans Oppose?”, *Harvard Journal on Legislation*, vol. 40, 2003, pp. 217-233.

¹⁴⁶ El autor usa el término *Countermajoritarian* introducido por Bickel. Véase Bickel, Alexander, *The least Dangerous Branch*, *cit.* Heliot se fundamenta en Bickel, cuya opinión discordante acerca de las preferencias raciales en las admisiones a las universidades es la más “elocuente”. Véase Bickel, Alexander, *The Morality of Consent*, New Haven, Yale University Press, 1975, pp. 131-133.

preta el texto constitucional, también legitimaremos que el juez encuentre una nueva interpretación posible al principio de igualdad, pero sólo en beneficio de los derechos fundamentales: en beneficio de la propia igualdad.

La labor de la Corte como revisor de la constitucionalidad de la ley ha sido criticada por un supuesto déficit democrático. La Corte, al decidir en contra de la “voluntad popular”, se politiza, interviene en facultades que son propias de otro poder: el Legislativo. La Corte, al anular una ley, contraviene la voluntad popular: un cuerpo colegiado que decide sobre asuntos públicos es antidemocrático. Algunos defensores de la “democracia deliberativa”,¹⁴⁷ como Jeremy Waldron,¹⁴⁸ rechazan de plano la *judicial review*. Para él, los derechos de participación política son incompatibles con la creación de una institución encargada de la revisión y adaptación de los derechos fundamentales.¹⁴⁹ Una posición más radical, que se opone a la tradición constitucionalista, la encontramos en Martín Shapiro, que señala: “Cuando examinamos una ley aprobada democráticamente no deberíamos preguntar, como los abogados que se apegan al texto, ¿es constitucional? Antes bien, debiéramos pre-guntar, como ciudadanos democráticos, ¿queremos que sea constitucional?

¹⁴⁷ A la clasificación tradicional de democracia directa e indirecta parece que habría que agregar un tercer tipo: la “democracia deliberativa”. La frase fue forjada hace relativamente poco por Joseph Bessette en “Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government”, en Goldwin, Robert y Schambra, A. William (eds.), *How Democratic is the Constitution?*, citado por Estlund, David M., “Who’s Afraid of Deliberative Democracy? On the Strategic/Deliberative Dichotomy in Recent Constitutional Jurisprudence”, *Texas Law Review*, vol. 71, 1992-1993, p. 1437, nota 1. Véase, también, Bessette, Joseph M., *The Mild Voice of Reason: Deliberative Democracy and American National Government*, Chicago, University of Chicago Press, 1994. La política es entendida en términos de una deliberación que incluya, ya sea a través de representantes o de consultas directas, a la ciudadanía y a todos los destinatarios de los acuerdos que se adoptan en ella (normas jurídicas y prácticas políticas). Lo que se busca es dar una nueva base de sustentación a la idea de encontrar una actitud cívica común. Para una definición de democracia deliberativa véase Sunstein, Cass R., *República.com: Internet, democracia y libertad*, Barcelona, Paidos, Ibérica, 2003.

¹⁴⁸ Waldron, Jeremy, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, 1993, p. 39; Waldron, Jeremy, *Nonsense upon Stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, Londres-Nueva York, Methuen, 1987, pp. 18-20. Jeremy Bentham, Edmund Burke y Karl Marx plantearon diversos desafíos teóricos que condujeron a negar el lugar básico de los derechos en la concepción de la justicia. Para Bentham, por ejemplo, los derechos eran, nada más que “nonsense upon stilts”—de ahí el título de la obra de Waldron—. Bentham, Jeremy, *Colección de obras del célebre Jeremías Bentham*, Madrid, Instituto de Ciencias Jurídicas, 1841; Burke, Edmund. Reflexiones sobre la Revolución francesa, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1954; Karl, Marx, *La cuestión judía*, Madrid, Santillana, 1997. Sobre Waldron véase Moreso, Joseph Joan, “Derechos y justicia procesal imperfecta”, *Working Papers*, núm. 139, Barcelona, Institut de Ciències Polítiques i Socials, 1998.

¹⁴⁹ Waldron, Jeremy, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, *cit.*, p. 1.

No debemos dejarnos esclavizar por ciertos caballeros ya difuntos que no pudieron visualizar nuestras circunstancias actuales”.¹⁵⁰

La idea del ciudadano “atado”,¹⁵¹ o “amordazado”,¹⁵² parece ofender a algunos demócratas radicales. De ahí que este trabajo no estaría completo

¹⁵⁰ Shapiro, Martin (comp.), *The Constitution of the United States and Documents*, Nueva York, Appleton-Century Crofts, 1968, pp. XXI y XXII.

¹⁵¹ La expresión “atar las manos” hace alusión a la ya clásica comparación que hace Jon Elster con el Ulises de Homero que previsor clama: “...Pero atadme con fuertes lazos, de pie y arrimado a la parte inferior del mástil para que me esté allí sin moverme... Y en el caso de que os ruego o mande que me soltéis, atadme con más lazos todavía”. Elster señala: “Ulises no era por completo racional, pues un ser racional no habría tenido que apelar a este recurso; tampoco era, sencillamente, el pasivo irracional vehículo de sus cambiantes caprichos y deseos, pues era capaz de alcanzar por medios indirectos el mismo fin que una persona racional habría podido alcanzar de manera directa. Su situación —ser débil y saberlo— señala la necesidad de una teoría de la racionalidad imperfecta que casi ha sido olvidada por filósofos y científicos sociales”. Parece que fue Spinoza el primero que utilizó la analogía entre pre compromiso individual y el político. Spinoza señala que el establecimiento de derechos tan firmes que ni el mismo rey los pueda abolir no contradice los fundamentos del Estado monárquico: “Los persas, por ejemplo, solían rendir culto a sus reyes como a dioses y, sin embargo, esos mismos reyes no tenían potestad de revocar los derechos una vez establecidos, como consta por Daniel, 6. Y nunca, que yo sepa, se elige un monarca sin estipular condición alguna. Aún más, eso no contradice ni a la razón ni a la obediencia absoluta que se debe al rey. Efectivamente, los fundamentos del Estado han de ser tenidos por decretos eternos del rey, hasta el punto que sus ministros le obedezcan plenamente aun cuando se nieguen a cumplir sus órdenes, en caso que les mande hacer algo que repugne a los fundadores del Estado. Podemos explicarlo claramente con el ejemplo de Ulises. Los compañeros de Ulises cumplían el mandato de éste, cuando se negaron a desatarlo, mientras estaba atado al mástil de la nave y arropado por el canto de las sirenas, pese a que él se lo mandaba en medio de múltiples amenazas. Y se atribuye a su prudencia que, después, haya dado las gracias a sus compañeros por haberse atendido a su primera intención. Siguiendo ese ejemplo de Ulises, también los reyes suelen amonestar a los jueces de que hagan justicia sin miramientos a nadie, ni siquiera al mismo rey, si en algún caso especial les ordenara algo que les consta ir en contra del derecho establecido. Los reyes, en efecto, no son dioses, sino hombres, que se dejan a menudo engañar por el canto de las sirenas. De ahí que, si todo dependiera de la inconstante voluntad de uno, no habría nada fijo. Por eso, para que el Estado monárquico sea estable, hay que establecer que todo se haga, sin duda, según el decreto del solo rey, es decir, que todo derecho sea la voluntad del rey explicada; pero no que toda voluntad del rey sea derecho”. Spinoza, *Tratado político*, traducción de Atilano Domínguez, Madrid, Alianza Editorial, 1986, pp. 140 y 141, párrafo 1. Para Spinoza, el Estado “debe ser organizado de tal forma, que todos, tanto los que gobernan como los que son gobernados, quieran o no quieran, hagan lo que exige el bienestar común; es decir que todos por propia iniciativa o por fuerza o por necesidad, vivan según el dictamen de la razón. Lo cual se consigue, si se ordena de tal suerte los asuntos del Estado, que nada de cuanto se refiere al bien común, se confie totalmente a la buena fe de nadie”. *Ibidem*, p. 123, párrafo 3.

¹⁵² El concepto de “reglas de mordaza” (*gag rules*) puede ser definido como normas que establecen una autocensura estratégica para evitar divisiones irreconciliables. La ex

sin antes esclarecer y justificar la labor de los jueces de estudiar la constitucionalidad de las leyes que parecen ir en contra de la Constitución. ¿Por qué debe tener la Corte Suprema de los Estados Unidos la última respecto a los derechos fundamentales, respecto a la igualdad? Es una de las preguntas que nos proponemos contestar en este capítulo.

2. *La tradición del juez en el common law*

Para seguir con la exposición de las ideas aquí planteadas, es menester realizar una breve reseña histórica del *judicial review*, que nos ayudará a entender cómo se ha justificado su uso a través de la historia de la Corte Suprema. Posteriormente se analizará la relación entre la Corte Suprema de los Estados Unidos y el Congreso; para esto será necesario estudiar la doctrina del error claro establecida por James Bradley Thayer; doctrina que establece una especial deferencia para con el legislador.

El juez norteamericano, como heredero de la tradición del *common law*¹⁵³ inglés, es un juez creador de derecho.¹⁵⁴ Los grandes nombres del derecho son nombres de jueces: Coke, Mansfield, Marshall, Store, Colmes,¹⁵⁵ Brandies o Cardozo.¹⁵⁶ Esto es así porque la tradición legal del

presión es utilizada en Holmes, Stephen, “Las reglas mordaza o las políticas de omisión”, en Elster, Jon y Slagstad, Rune, *Constitucionalismo y democracia*, cit., pp. 49-88. El ensayo se puede encontrar también en Holmes Stephen, *Passions and Constraint. On the Theory of Liberal Democracy*, Chicago, The University of Chicago Press, 1995, pp. 202-235. Unas normas de este tipo fueron usadas en por el Congreso de los Estados Unidos para poner fin a las discusiones sobre las peticiones relativas a la esclavitud entre 1836 y 1840 y revocadas en 1844.

¹⁵³ El término *common law* puede referirse a la tradición jurídica angloamericana, como al derecho de creación judicial o *judge-made law*, el cual se distingue del *statute law*, elaborado por el legislador.

¹⁵⁴ “La idea inglesa de un sistema legal que evoluciona con el tiempo y que se adapta a las diferentes circunstancias sociales y políticas, es central en el pensamiento jurídico anglo-sajón”. Véase Laje, Alejandro, “Consideraciones sobre la enseñanza del derecho para la configuración de los estándares requeridos para los planes de estudio en universidades argentinas”, *La ley. Actualidad*, año LXVIII, núm. 208. En línea: www.vaneduc.edu.ar/uai/facultad/derecho/fac-dere-art-ley.asp. Se accedió a la página el 31 de octubre de 2005.

¹⁵⁵ Más adelante quedará claro la importancia de la figura del magistrado Oliver Wendell Holmes para el derecho en los Estados Unidos, basta ahora con señalar que Holmes comienza las críticas al formalismo jurídico que dominaba en su época con la publicación de *The Path of the Law*.

¹⁵⁶ Véase Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 72 y ss.

common law se creó originalmente y se ha seguido desarrollando en las manos de los juzgadores, que construyen un cuerpo de normas que obliga a que los jueces decidan los asuntos según los casos similares previamente fallados: doctrina del *stare desisis*, derecho común significa para aquella tradición, el derecho creado y modelado en los tribunales. La supremacía judicial parece ser una descripción correcta de aquel sistema.¹⁵⁷

Para esta tradición, el derecho es abierto, incompleto y dinámico; de ahí que la función del juez no puede ser sólo la de aplicar el derecho preexistente; los jueces crean derecho nuevo. Los tribunales están legitimados para ajustar el contenido del derecho a la realidad social, porque no dependen, como el derecho continental europeo, de una cada vez más “refinada deducción a partir de grandes principios racionales e inmutables (*la scientia iuris*), sino de la inducción a partir de la experiencia empírica, ilustrada por los casos concretos (*la iuris prudentia*), mediante *challenge and answer, trial and error*”.¹⁵⁸

Debemos considerar que dos son las funciones principales de los tribunales: la primera, resolver disputas jurídicas, esto es, administrar justicia en casos concretos; la segunda, es proveer a la sociedad de reglas jurídicas; función que está relacionada con el principio de *stare decisis*,¹⁵⁹ que nos señala que las decisiones judiciales que resuelvan algunas cuestiones de derecho deben ser consideradas como parámetros normativos en las re-

¹⁵⁷ *Ibidem*, pp. 72 y ss.

¹⁵⁸ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, cit.*, p. 26.

¹⁵⁹ La doctrina del *stare decisis* se refiere a una norma jurídica creada judicialmente (*a judge-made law*). No todos los precedentes tienen el mismo valor. En la tradición jurídica del *common law* se distingue también el precedente vinculante (*binding precedents*) del precedente persuasivo (*persuasive precedents*). Iturralde Sesma, Victoria, *El precedente en el common law*, Madrid, Civitas, 1995, 18 y ss. En realidad, la obligatoriedad de cada precedente depende no tanto de su propia naturaleza, sino de la posición que ocupa el órgano jurisdiccional en el organigrama. Si el precedente de un tribunal vincula a otros tribunales, estaremos ante un *stare decisis* vertical; si el tribunal está vinculado por sus propias reglas estaremos ante un *stare decisis* horizontal. Si la norma decisoria es la Constitución, la sentencia constituye un precedente constitucional; si el fundamento jurídico es una ley, estaremos ante un precedente legal o *statutory precedent*; por último, si se basó en una decisión del *common law*, su sentencia será *common law precedent*. Cfr. Magaloni Kerpel, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Madrid, McGraw-Hill, 2001, pp. 29 y ss. Sobre la interpretación de las normas véase Magaloni Kerpel, Ana Laura, “El juez norteamericano ante la ley. Las técnicas de interpretación del *Statute Law*”, *Isonomía*, núm. 6, abril de 1997, pp. 131-148, y Rodríguez Puerto, Manuel José, “La interpretación de las leyes y las circunstancias del caso. Una mirada estadounidense”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 94, 1999, pp. 137-176.

soluciones de los casos similares posteriores: se establecen así los precedentes judiciales. El precedente o *precedent*, que es parte del discurso jurídico inglés, se refiere a una norma jurídica creada judicialmente (*a judge-made law*), y se deriva de la doctrina del *stare decisis* de la tradición jurídica del *common law*.

3. La judicial review

La concepción de la Constitución, apunta García de Enterría, es la gran creación del constitucionalismo norteamericano, con su visión puritana y laica, legado de Locke: *lex legum y lex inmutabile*. Se crea así un documento solemne del *fundamental law*. A la vez, aporta técnicas concretas para hacer efectiva esa superioridad: la técnica de la *judicial review*. El origen de esta institución proviene del *common law* inglés, desde la cual el derecho común podía exigir cuentas a los *statutes* o leyes singulares.¹⁶⁰

Esta técnica de predominio del *common law* sobre las leyes o *statutes* es lo que se conoce todavía hoy en el sistema inglés como *the control of the common law over statutes*. Ya a principios del siglo XVII el juez Coke (1552-1634) intentó plasmar en algunas de sus sentencias, como en la famosa *Bonham's case*, de 1610, un control no ya sobre el alcance y la interpretación de las leyes, sino sobre la validez de las mismas. Implicaba, por consiguiente, la eventual anulación de las leyes por considerarse contrarias a los principios fundamentales del sistema, considerados como expresión del derecho natural:¹⁶¹

¹⁶⁰ Recordemos que en un principio, el monarca era la fuente única del *common law*. Los cambios en las estructuras políticas llevaron a transferir el poder a variedad de instituciones administrativas. Con la separación entre la función legislativa y judicial del soberano, surge el problema de estatus de cada una de ellas. La historia del derecho inglés suele dividirse en cuatro períodos. El primer periodo es el anglosajón, anterior a la conquista normanda de 1066. El segundo, de 1066 a 1485 —fecha en la que comienza la dinastía Tudor—, es el periodo de formación del *common law*, cuando se comienza a desarrollar un nuevo sistema de derecho en contra de las costumbres locales. El tercero, de 1485 a 1832, es el periodo de expansión del *common law*. El cuarto periodo, que comienza en 1835, se extiende hasta nuestros días.

¹⁶¹ Cfr. García de Enterría, Eduardo, “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 1, núm. 1, 1981, pp. 36-41. Sobre la sentencia de Coke, *Bonham's case*, véase Berger, Raoul, “Doctor Bonham's Case: Statutory Construction or Constitutional Theory”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 117, 1969, pp. 521-545.

En nuestros libros (de derecho) está escrito que en muchos casos el *common law* domina las leyes del parlamento y en ocasiones las declara totalmente nulas; porque cuando una ley del parlamento va contra el bien común o es repugnante, o imposible de ejecutar, el *common law* se encargará de dominar dicha ley y la condenará a que se tenga por nula.¹⁶²

Considerando que el *common law* es interpretado por los tribunales, estamos ante una justificación de la reconsideración jurídica de las resoluciones legislativas.

Lo que defendía Coke es ese conjunto de leyes arraigadas en la comunidad política, de costumbres, pactos y acuerdos entre los distintos componentes del reino, que en su conjunto dan como resultado la ley fundamental: la Constitución. La función de los jueces para Coke sería garantizar que el parlamento no cambie su naturaleza, no traicione su misión.¹⁶³ Esta es la diferencia con la Europa continental, pues la soberanía no es un poder amplísimo para hacer lo que sea menester, es un poder cuidadosamente circunscrito por la ley y la Constitución: limitado por ambas.¹⁶⁴

La tesis de Coke desaparece en el derecho inglés sustituido por el dogma de la soberanía del parlamento tras la lucha entre el parlamento y el rey. Sin embargo, los constituyentes norteamericanos, inmersos en la tradición del juez Coke,¹⁶⁵ siguen el sendero del jurista inglés al redactar el artículo VI de la Constitución norteamericana de 1787; artículo que en su sección segunda formula el siguiente principio: “La Constitución es el supremo derecho de la tierra”.

Otra de las influencias decisivas en el pensamiento norteamericano son las ideas de James Harrington,¹⁶⁶ sobre todo su obra de carácter utópico *La República de Océana*,¹⁶⁷ publicada en Londres en 1656, que des-

¹⁶² Citado por Friedrich, Carl Joachim, *La filosofía del derecho*, cit., p. 120.

¹⁶³ Cfr. Fioravanti, Mauricio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, traducción de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2001, pp. 67 y 68.

¹⁶⁴ Cfr. Friedrich, Carl Joachim, *La filosofía del derecho*, cit., p. 126.

¹⁶⁵ García de Enterría, Eduardo, “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, cit., p. 38.

¹⁶⁶ Algunos datos biográficos pueden encontrarse en Badillo O’Farrel, Pablo, *La filosofía político-jurídica de James Harrington*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977.

¹⁶⁷ Harrington era admirador de Hobbes, aunque el método de su obra es la antítesis del criterio de este último. La obra de Harrington analiza las causas sociales y las realidades políticas de su época. Admira también a Maquiavelo, a quien consideraba el único

cribe la formación de un nuevo gobierno para la república ficticia de Océana, que es sin duda Inglaterra. La república de Océana es un “imperio de leyes no de hombres”, con una división de poderes inspirada en las ideas de Locke.

Las Constituciones estatales previas a la Constitución federal sin duda influyeron en la redacción del texto constitucional de Norteamérica. Algunas de ellas llegaron a disponer la creación de órganos especiales destinados a vigilar la observancia de la Constitución, aunque hay que aclarar que en todos los casos mencionados estamos en presencia de órganos de composición netamente política, no jurisdiccional. La Constitución de Pennsylvania (1776) estableció, en su artículo 47, la creación de un Consejo de Censores, que entre sus funciones estaba la de “examinar si la Constitución ha permanecido inviolada en todas sus partes”, así como “proponer al Poder Legislativo la abrogación de las leyes que hubiesen sido aprobadas en contradicción con los principios de la Constitución”. El artículo 47 de la Constitución de Pennsylvania es reproducido en términos casi idénticos en la Constitución de Vermont, que instituía el Consejo de Censores. Por su parte, la Constitución de Nueva York (1777) establecía un Consejo de Revisión, al que se facultaba a examinar y en su caso aprobar todos los proyectos presentados como leyes.¹⁶⁸

Blanco Valdés no duda en señalar que entre la promulgación de las Constituciones estatales y la adopción de la Constitución federal, el control de constitucionalidad formaba ya parte del horizonte jurídico de los otrora territorios coloniales. Además, entre 1776 y 1787, se producen varios casos en los que el Poder Judicial procederá a declarar inconstitucionales normas legislativas que se entendían contrarias a la legislación “superior” de los Estados

4. *La supremacía constitucional*

Con la frase *We the people* comienza el texto de aprobado por la convención el 17 de septiembre de 1787:

escritor político moderno que se aproxima a las cumbres del arte político antiguo. Véase el estudio preliminar a la edición en español. Harrington, James, *La República de Océana*, traducción de Enrique Díez-Canedo, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.

¹⁶⁸ Blanco Valdés, Roberto, *El valor de la Constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, cit., p. 142.

Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una Unión más perfecta, establecer la justicia, afianzar la tranquilidad, proveer a la defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros mismos y para nuestros descendientes los beneficios de la libertad, estatuyimos y sancionamos esta Constitución para los Estados Unidos de América.

El significado que Hamilton le da a la frase en *El Federalista*, núm. 84, ha sido una de las más inspiradoras para todos aquellos que creen en la democracia. El objetivo del ensayo de Hamilton fue contestar las críticas a la falta de una declaración de derechos al plan de la convención. La importancia de *El Federalista* para las instituciones políticas de los Estados Unidos de América es enorme.¹⁶⁹

Hamilton reconoce la supremacía constitucional. Atendamos a sus palabras:

El derecho de los tribunales a declarar nulos los actos del legislativo, con fundamento en que son contrarios a la Constitución, ha suscitado ciertas dudas como resultado de la idea errónea de que la doctrina que lo sostiene implicaría la superioridad del Poder Judicial frente al Legislativo. Se argumenta que la autoridad que puede declarar nulos los actos de la otra necesariamente será superior a aquella de quien proceden los actos nulificados. Como esta doctrina es de importancia en la totalidad de las Constituciones americanas, no estaré de más discutir brevemente las bases en que descansa... No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que el amo, que los representantes del pueblo son superiores al

¹⁶⁹ Para nuestro tema resulta de especial interés la influencia de *El Federalista* en los fallos de la Corte Suprema. Muchas veces se ha utilizado como “fuente de sabiduría que ilumina a la Corte para interpretar la Constitución en un caso particular”. Los ensayos serían los equivalentes de los textos ingleses de Blackstone, Coke o Kent. Más recientemente, sin embargo, el magistrado Scalia ha sugerido que en ellos se encuentra el verdadero significado del texto constitucional. MaGowan, Davis, “Ethos in Law and History: Alexander Hamilton, and The Supreme Court”, *Minnesota Law Review*, vol. 85, 2000-2001, pp. 755; Scalia, Antonin, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton, Princeton University Press, 1997, p. 38. El magistrado Scalia, dicho sea de paso, es uno de los miembros más conservadores dentro de la Corte; simpatizante de la doctrina que pugna por interpretar la Constitución conforme a la intención original de los constituyentes.

pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que éstos no permiten, sino incluso lo que prohíbe.¹⁷⁰

No faltan los críticos a la *judicial review*; para Gargarella, por ejemplo, la defensa actual del control judicial se encuentra inspirada en presupuestos también elitistas,¹⁷¹ obedece, según él, a una “tradición conservadora”. Gargarella cita a Madison para demostrar el recelo de la época a las decisiones tomadas por una mayoría: Madison habló de la tendencia de “la mayoría de cada comunidad” a “despojar y esclavizar a la minoría de los individuos”.¹⁷² Jennifer Nedelsky va más allá, al considerar que la Constitución se creó “no para fomentar, sino para confinar y socavar la participación política”. La prosperidad, y no la participación, vincularía a los ciudadanos en el gobierno: “La mayoría sería pobre a la postre, sin propiedades... Madison”.¹⁷³ Por ello, la propiedad sería inherentemente vulnerable en un gobierno republicano. Esta vulnerabilidad por la constante amenaza de la tiranía mayoritaria se convirtió en el centro de la preocupación de los constitucionalistas.

Pero ¿a quién temían aquellos estadounidenses? Gargarella señala que después de lograda la independencia, los campesinos y, en general, la clase más desventajada de los Estados Unidos se reunieron para protestar en busca de un alivio a sus problemas: después de años de haber puesto sus propiedades y aun sus vidas en juego por los intereses comunes, la independencia los dejaba en una situación pauperizada. En ningún caso, sin embargo, pidieron la anulación de sus deudas; sólo querían evi-

¹⁷⁰ Sotirios, Barber, “Judicial Review and the Federalist”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 55, 1988, pp. 836-887.

¹⁷¹ Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, cit., p. 14; *id.*, “Las dificultades de defender el control judicial de las leyes”, *Isonomía*, núm. 6, 1997, pp. 55-70; *id.*, “Groups Rights, Judicial Review, and Personal Motives”, *The Journal of Legal Scholarship, The Originalism and Fate of Antisubordination Theory*, 2002, artículo 3o., pp. 1-12. En línea: www.bepress.com/ils/iss2/art.3. Se accedió a la página el 15 de agosto 2004. Véase, también, Presser, Stephen, “Some Alarming Aspects of Legacies of Judicial Review and John Marshall”, *William and Mary Law Review*, vol 43, 2001-2002, pp. 1495-1511.

¹⁷² Hamilton, Alexander, *The Papers of Alexander Hamilton*, Columbia U. P., 1962, citado por Gargarella, Roberto, “La justicia frente al gobierno...”, cit., p. 30.

¹⁷³ Nedelsky, Jennifer, “El constitucionalismo estadounidense y la paradoja de la propiedad privada”, cit., pp. 263 y ss. Nedelsky cita a Madison y su fe en las “reglas de justicia” que fija límites a lo que la mayoría podía legítimamente hacer. Hamilton, A. et al., *El Federalista*, cit.

tar la obligación de pagar en efectivo, ya que carecían de “moneda dura” y no estaban dispuestos a seguir vendiendo bienes para encontrarla.

Los deudores enfrentaban juicios promovidos por sus acreedores. Frente al acoso judicial y político al que estaban sometidos, una de las primeras medidas fue reunirse en asambleas locales para redactar petitorios y presentarlos ante sus respectivos parlamentos reclamando la emisión de papel moneda de curso forzoso, a lo que, naturalmente, se opusieron los acreedores. Los deudores comenzaron a obstaculizar las reuniones de los tribunales de justicia, obligando a los jueces a suspender los cobros forzosos. El movimiento se propagó por distintos estados. La situación del país llevó a que se convocasen las tropas nacionales para dispersar a los rebeldes —cuestión que se dio sin mayores problemas—.

Sin embargo, a fin de evitar nuevos levantamientos populares, los distintos parlamentos comenzaron a emitir papel moneda, respondiendo así a la principal demanda de los deudores.

Para la clase dirigente norteamericana, señala Gargarella, situaciones como las descritas constituyeron una afrenta inadmisible: los deudores conseguían sus objetivos avalados por medios legítimos. A mediados de la década de 1780-1790 había una total conexión entre la voluntad de las asambleas populares y los votos de las asambleas legislativas, lo cual constituía una temible novedad para la clase dirigente:¹⁷⁴

Las reacciones expresadas por la clase dirigente norteamericana frente a la particular coyuntura de 1780-1786 fueron traduciéndose poco a poco en una concepción más definida y articulada acerca de cómo funcionaba y cómo debía funcionar la política... Así, en general, se partió de la idea de que las asambleas legislativas habían actuado con inaceptable impruden-

¹⁷⁴ Gargarella, Roberto. “La justicia frente al gobierno...”, cit., p. 25. Gargarella fundamenta este argumento en Petterson, Stephen, “The Roots of Massachusetts Federalism. Conservative Politics and Political Culture Before 1787”, y en Hoffman, R. y P. J., Albert, *Sovereign Status in Age of Uncertainty. The U. S. Capitol Historical Society*, University Press of Virginia, 1981, pp. 49 y 50. De la misma opinión Gottfried, Dietze, “America and Europe. Decline and Emerge of Judicial Review”, *Virginia Law Review*, vol. 44, núm. 8, 1958, p. 1238. Para Dietze, “una de las principales razones de la reunión de la Convención fue controlar el despotismo democrático tal y como existía bajo el gobierno de los congresos estatales”. En uno de sus párrafos el Plan de Virginia señala: “Es una máxima incontrovertible que la rama del poder estatal ejercida por el pueblo devora a las otras ramas. Ninguna de las constituciones establecidas ha proporcionado suficiente freno contra la democracia. El débil senado de Virginia es un fantasma...”. Citado por Blanco Valdés, Roberto, *El valor de la Constitución...*, cit., p. 111, nota 19.

cia, y se llegó a sostener que las medidas habitualmente actuaban así, y que por ello debían ser limitadas.¹⁷⁵

En verdad, para Madison y Hamilton, el poder más temible para la Constitución republicana era el Poder Legislativo. La Constitución debe enfrentarse a “la tendencia del Legislativo a absorber los otros dos poderes”, así como propugnar e imponer “la subordinación a las leyes”.¹⁷⁶ Para Gargarella, Madison deja claro dos cosas: “primero, que el nuevo orden institucional debía estar fundamentalmente orientado a impedir los actos de las facciones;¹⁷⁷ segundo, que los comportamientos facciosos representaban tendencias más bien propias e inevitables de las asambleas legislativas”.¹⁷⁸

También es verdad que una de las razones sostenidas por Hamilton para la existencia de un órgano revisor de las normas tiene sus raíces en una idea elitista. Se tenía la convicción de que en política existen algunos “pocos principios verdaderos”, que no podían ser percibidos por la “ciudadanía común” o que las mayorías tendían a actuar irracionalmente. Hamilton, en *El Federalista*, núm. 31, señala: “cuanto mayor es el número de los integrantes de una asamblea, cualquiera sea el carácter de los mismos, mayor es el predominio de las pasiones sobre la razón. Luego, cuanto mayor es el número, mayor será la proporción de miembros con información limitada y débiles capacidades”.¹⁷⁹ Sin embargo, aunque las preocupaciones de Hamilton y Madison fueron el miedo de la élite de

¹⁷⁵ Gargarella, Roberto, “La justicia frente al gobierno...”, *cit.*, p. 26.

¹⁷⁶ Citado por Fioravanti, Mauricio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, *cit.*, p. 108.

¹⁷⁷ Por facciones, Madison entiende “cierto numero de ciudadanos, estén en mayoría o minoría, que actúan movidos por el impulso de una pasión común o por un interés adverso a los derechos de los demás ciudadanos, o a los intereses permanentes de la comunidad considerada en conjunto”. Hamilton, A. *et al.*, *El Federalista*, *cit.*, p. 36.

¹⁷⁸ Gargarella, Roberto, “La justicia frente al gobierno...”, *cit.*, p. 31. Véase, también, Nedelsky, Jennifer, “El constitucionalismo estadounidense y la paradoja de la propiedad privada”, *cit.*, p. 239. “La protección de los derechos establecidos contra la intromisión de las legislaturas democráticas fue el acto central con el que los tribunales afirmaron su poder de proteger los derechos individuales ante el ataque democrático”. Para la autora, debe entenderse derecho individual derechos de propiedad: “Se invocó la inviolabilidad de la propiedad para mostrar que tanto la Constitución como los derechos naturales requerían imponer judicialmente unos límites al poder de la mayoría. La Corte Suprema asumió un papel de garante y mediador de la tensión básica del sistema: tensión que puso en su centro los derechos de propiedad”.

¹⁷⁹ Hamilton, Alexander *et al.*, *El Federalista*, *cit.*, p. 28.

verse avasallada por una mayoría facciosa, eso no deslegitima la *judicial review*. La Constitución preveía para Madison mecanismos que evitarían los peligros de un exceso de deliberación o de deliberaciones sumamente conflictivas.¹⁸⁰

Además, a través de una ley del Congreso se legitimaba la institución de referencia; la ley sobre la administración de justicia de 1789 dio por supuesto que las cortes de los estados examinarían la validez de las leyes del Congreso, y se dispuso que la revisión por parte de la Corte Suprema se daría cuando las cortes estatales se hubieran pronunciado en contra de su validez.¹⁸¹ De tal guisa, podemos señalar que, por los propios términos de la ley de 1789, la Corte Suprema tenía facultades para confirmar y para revocar los pronunciamientos de las cortes de los estados. Otro dato importante es que durante el primer siglo de la existencia de la Corte los ataques a ese máximo tribunal se referían a las decisiones de la misma que restringían la autoridad de los estados y no sobre las que limitaban las facultades del Congreso de la Unión.¹⁸²

Aunque las cuestiones históricas descritas por Gargarella deben haber influido en la creación de un poder revisor de la constitucionalidad, las investigaciones de Charles Warren demuestran que aunque el poder de la Corte no fue seriamente discutido hasta 1802, antes de ese tiempo parece haber sido reconocido casi universalmente: “incluso en 1802 fue atacado por razones puramente políticas y sólo por políticos de Kentucky, Virginia, Carolina del Norte y Georgia”.¹⁸³

En segundo lugar, aunque es verdad que el antecedente elitista que señala Gargarella influyó fuertemente en la creación de un poder revisor de la labor del Legislativo con un “déficit democrático”, este hecho no nos dice nada acerca de su legitimidad actual o de su conveniencia. Jon Elster

¹⁸⁰ De ahí que las reformas a la Constitución fueran aceptadas por Madison, aunque éstas supondrían un proceso lento y con obstáculos con el fin de liberar tiempos y espacios para la discusión sobre políticas concretas. Sobre esto véase Páramo Argüelles, Juan Ramón, “Compromisos, grilletes de arena y nudos corredizos”, en Zapatero, Virgilio (ed.), *Horizontes de horizontes de la filosofía del derecho. Homenaje al profesor Luis García San Miguel*, Alcalá, Universidad de Alcalá, 2002, p. 447.

¹⁸¹ Sobre esto puede verse Warren, Charles, “New Light on the History of the Federal Judiciary Act of 1789”, *Harvard Law Review*, vol. 37, 1923-1924, pp. 49-132.

¹⁸² Warren, Charles, *The Supreme Court in United States History*, Birmingham, Legal Classics Library, 1992, vol. II, p 5.

¹⁸³ *Ibidem*, vol. I, p. 256. Véase también Warren, Charles, “The First Decade of the United States”, *University of Chicago Law Review*, vol. 7, 1939-1940, pp. 631-654.

señala que “En algunas ocasiones, los efectos de las restricciones accidentales explican el mantenimiento de instituciones que originalmente fueron creadas por razones completamente distintas”. Elster explica lo anterior dando el ejemplo de las cambiantes justificaciones del bicameralismo: si los pobres forman una mayoría, su interés podría inducirles a promulgar leyes contrarias a los derechos de propiedad.¹⁸⁴

La solución histórica al problema de las mayorías apasionadas fue la creación del bicameralismo: “Aunque a menudo introducido por élites minoritarias con el fin de controlar a mayorías populares, este mecanismo puede ser visto ahora como una forma de autocontrol democrático por sus propiedades retardadoras y apaciguadoras”.¹⁸⁵ Para el sociólogo norteamericano existieron tres etapas en la Asamblea de Filadelfia, pero también en la de París: en la primera, existe una monarquía que es vista como arbitraria y tiránica; en la segunda, ésta es reemplazada por un régimen parlamentario libre de restricciones; en la tercera, cuando se descubre que el Parlamento puede ser arbitrario y tiránico como lo era el rey, se introducen mecanismos de control y equilibrio. Poco importan ahora los orígenes del bicameralismo, ahí donde este sistema sirva de enfriamiento a las pasiones pasajeras de los representantes, el bicameralismo estará legitimado.

Pues bien, lo mismo podemos decir de la *judicial review*: si ésta cumple el papel de protección de los derechos fundamentales, si sirve de freno y contrapeso al Poder Ejecutivo y al Judicial, estará legitimada. No debemos olvidar que la salvaguarda a los derechos fundamentales es la tarea que tradicionalmente se le ha asignado a la Corte Suprema: “Las instituciones deben proteger los derechos individuales contra la voluntad de la mayoría, y esas instituciones no pueden ser controladas por las mismas mayorías”.¹⁸⁶ No importa si hace doscientos años la intención de crear la *judicial review* fue proteger a la élite norteamericana, las bondades probadas de la institución justifican su aplicación en nuestro tiempo.

¹⁸⁴ Elster, Jon, *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, traducción de Jordi Mundó, Barcelona, Gedisa, 2002, pp. 150 y ss.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 113.

¹⁸⁶ Calsamiglia, Alberto, “Constitucionalismo y democracia”, en Koh, Harold Hongju y Slye, Ronald C. (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 2004, p. 168.

5. *Sentencia Marbury vs. Madison*

Aunque en la tradición inglesa del *common law* encontramos las raíces de la técnica de la *judicial review*, es en el sistema jurídico norteamericano donde se institucionaliza a través de la sentencia *Marbury vs. Madison*, de 1803;¹⁸⁷ en ésta el magistrado Marshall¹⁸⁸ no dejó dudas sobre la supremacía de la Constitución¹⁸⁹ y la forma como el Estado puede hacer efectiva dicha superioridad, al señalar que:

Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o el Poder Legislativo puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ella, puede reforzarse o dejarse sin efectos siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternati-

¹⁸⁷ *Marbury vs. Madison*, 5. U. S. (1803). Blanco Valdés señala siete casos previos a *Marbury vs. Madison*, que serían: *Holmes vs. Walton* (Corte Suprema del Estado de Nueva Jersey, 1779), *Commonwealth vs. Caton* (Corte de Apelaciones de Virginia, 1782), *Rutgers vs. Waddington* (juez de paz de Nueva York, 1784), *Symsbury Case* (Tribunal de Connecticut, 1785), *Bayard vs. Singleton* (Corte de Apelaciones de Carolina del Norte, 1786), y finalmente un caso decidido en 1787 por un tribunal de Nueva Hampshire. Blanco Valdés, citando a Salvatore Catinella, hace referencia a un caso primigenio: *Josiah Phillips*, fallado en Virginia en 1778. En realidad, el carácter de precedente de la *judicial review* de esta sentencia es dudoso. Blanco Valdés, Roberto, *El valor de la Constitución...*, cit., p. 144. Al caso referido otros investigadores añaden dos más. Uno producido en 1785 ó 1786, que aparece en la obra de *Plumer's Life*, de William Plumer, y otro fallado por la Corte de Massachusetts en 1788. Véase Boudin, Luis B., "Precedents for the Judicial Power: *Holmes vs. Walton and Brattle vs. Hinckley*", *St. John's Law Review*, vol. 3, núm. 2, 1928-1929, p. 177.

¹⁸⁸ Schwartz, Bernard, *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, cit., pp. 49-79.

¹⁸⁹ La Constitución en su artículo I, sección I del título III, de forma explícita crea la Corte Suprema cuando señala que el Poder Judicial de los Estados Unidos residirá en una única Corte Suprema y en los tribunales inferiores que oportunamente pueda crear el Congreso. El más alto tribunal está formado por un presidente o *chief justice* y ocho vocales, llamados *associate justices*, nombrados por el presidente de los Estados Unidos con la autorización del Senado. Los nueve miembros de la Corte son nombrados con carácter vitalicio. La Corte Suprema funge como tribunal original en, por ejemplo, los procesos que afectan a embajadores, cónsules o miembros del gobierno. Sin embargo, pocas han sido las demandas presentadas ante la Corte como tribunal de primera instancia. Su labor más importante la realiza como tribunal de apelación, según el artículo 20., título III, de la Constitución. Conforme a esta facultad, la Corte Suprema resuelve, entre otras cosas, disputas entre dos o más estados y entre ciudadanos de diferentes estados.

va, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las Constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo de limitar un poder ilimitable por naturaleza... ¿Si una ley contraria a la Constitución es nula, obliga a los tribunales no obstante su invalidez?... Sin lugar a dudas, la competencia y la obligación del Poder Judicial, es decir, que es ley. Los que aplican las normas a casos particulares deben por necesidad exponer e interpretar esa norma. Si dos leyes entran en conflicto entre sí, la Corte debe decidir acerca de la validez y la aplicación de cada una. Del mismo modo cuando una ley está en conflicto con la Constitución y ambas son aplicables a un caso, de modo que la Corte debe decidir conforme a la ley desechando la Constitución o conforme a la Constitución desechando la ley, la Corte debe determinar cuál de las normas en conflicto gobierna el caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar justicia. Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución y no la ley la que debe regir el caso al cual ambas normas se refieren. Quienes niegan el principio de que la Corte debe considerar la Constitución como ley suprema, se ven reducidos a la necesidad de sostener que los tribunales deben cerrar los ojos a la Constitución y mirar sólo la ley. Esta doctrina subvertirá los fundamentos mismos de toda Constitución escrita. Equivaldría a declarar que una ley totalmente nula de acuerdo a los principios y teorías de nuestro gobierno es, en la práctica, completamente obligatoria...¹⁹⁰

En la sentencia *Marbury* se establece la supremacía constitucional; se subordinan las decisiones del Poder Legislativo a un Poder Judicial autónomo. Este control jurisdiccional de las leyes tiene una relación estrecha con la búsqueda de una plena seguridad jurídica, pero sobre todo con la

¹⁹⁰ *Ibidem*, 137, 177 (1803). El texto previo, parte sustancial de la sentencia *Marbury vs. Madison*, lo hemos tomado de Nino, Carlos Santiago, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 99 y 100. Una traducción de la sentencia se encuentra en *Revista Mexicana de Derecho Público*, vol. I, núm. 3, enero-marzo de 1947, pp. 315-343 y más recientemente en Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, cit., pp. 87-115. Una explicación sencilla, pero clara de la labor de la Corte Suprema de los Estados Unidos puede encontrarse en Howard, A. E. Dick, “Decir qué es la ley. El Tribunal Supremo como árbitro de la Constitucionalidad”. *Temas de la Democracia*, abril de 2005, pp. 5-38. Existe una cantidad ingente de estudios sobre esta sentencia, en español puede verse Blanco Valdés, Roberto, “La configuración del concepto de Constitución en la experiencias revolucionarias francesa y norteamericana”, *Working Papers*, núm. 117, Barcelona, Institut de Ciències Polítiques i Socials, 1996; *id.*, *El valor de la Constitución...*, cit., pp. 165-204.

eliminación de las arbitrariedades del Estado.¹⁹¹ La estructura lógica del planteamiento de Marshall puede presentarse de la siguiente forma: premisas: 1) el deber del Poder Judicial de aplicar la ley; 2) cuando hay dos leyes contradictorias, no hay más remedio que aplicar una desechando la otra; 3) la Constitución es la ley suprema y define qué otras normas son ley; 4) la supremacía de la Constitución implica que cuando entra en conflicto con una norma dictada por el Congreso esta segunda deja de ser una ley válida; 5) la negación de la premisa anterior supondría, que el Congreso puede modificar la Constitución dictando una ley ordinaria por lo que la Constitución no sería operativa para limitar al Congreso; 6) el Congreso está limitado por la Constitución; 7) si una norma no es una ley válida carece de fuerza obligatoria. Conclusión: una ley contraria a la Constitución no debe ser aplicada por el Poder Judicial.¹⁹²

Aunque la decisión de Marshall en *Marbury vs. Madison*, de 1803, supuso el reconocimiento de la autoridad de la Corte Suprema para decidir sobre la validez de los actos del Congreso, la sentencia fue más bien una consecuencia lógica de la forma de entender la labor del Poder Judicial en la defensa de los derechos constitucionales. Evans Hughes considera que la autoridad de la Corte Suprema es una consecuencia de las ideas que eran patrimonio común del pueblo cuando se redactó la Constitución:

Si se habían de llevar a la práctica las limitaciones de las facultades del Congreso definidas por la Constitución y si se habían de proteger los derechos individuales en la forma en que aquélla establecía, tenía que haber algún tribunal que pudiera determinar cuándo se habían excedido estos límites. Naturalmente, ese tribunal no podía ser el de un Estado, porque ello capacitaría a los Estados para anular la autoridad federal, no podía confiarse al Ejecutivo, porque eso sería hacerlo superior al Congreso.¹⁹³

De esta forma, la supremacía judicial parece una descripción correcta de la tradición del *common law*. El derecho anglosajón se creó original-

¹⁹¹ Berger, Raoul, “Reflections on Constitutional Interpretation”, *BYU L. Review*, 1997, p. 517.

¹⁹² Nino, Carlos Santiago, *La Constitución de la democracia deliberativa*, cit., p. 100.

¹⁹³ Hughes, Charles Evans, *La Suprema Corte de Estados Unidos*, cit., p. 93. De la misma opinión es Luis Sánchez Agesta quien señala que “Esta Constitución [la de los Estados Unidos] no establecía de forma directa y precisa la competencia del Tribunal Supremo para enjuiciar el valor de las leyes por su conformidad con la Constitución, aunque, ciertamente, la idea no era extraña a los fundadores de la Constitución, y una prueba es que está argumentada y defendida en el federalista”. Sánchez Agesta, Luis, “La justicia constitucional”, *Revista de Derecho Político*, núm. 16, 1982-1983, p. 7.

mente y se ha seguido desarrollando en las manos de los jueces: “en ellos se ha depositado la defensa del orden social y económico existente”.¹⁹⁴ La idea de la primacía de la Constitución, señala Cruz Villalón, “ha sido inseparable, desde su origen, del concepto mismo de Constitución, sólo ha alcanzado a ser un específico concepto dogmático, cuando de ella se han hecho derivar consecuencias jurídicas concretas para las normas con pretensiones de validez opuestas a ella”.¹⁹⁵

Cuando los jueces declaran nula una ley por considerarla contraria a la Constitución no están afirmando su superioridad sobre el Legislativo,¹⁹⁶ más bien, reafirman la superioridad de la ley fundamental sobre las leyes ordinarias. De ahí que el control de constitucionalidad tendrá la finalidad de impedir que el poder más fuerte, el Legislativo, pueda aspirar a cubrir y representar todo el espacio de la Constitución, identificándose falsamente con el mismo pueblo.

Los norteamericanos temieron a la democracia sin constitucionalismo, que conducía a la concentración de los poderes en la “soberana asamblea de los representantes del pueblo”; por ello debía prevalecer la supremacía de la Constitución como garantía de los poderes limitados.¹⁹⁷

¹⁹⁴ Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, traducción de Manuel Sánchez Sarto, Madrid, Tecnos, 1931.

¹⁹⁵ Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

¹⁹⁶ De esto se da cuenta Carl Schmitt en su obra citada: “El derecho de control judicial por parte del juez, en la decisión de los procesos, descansa en algo diametralmente opuesto a toda superioridad, de cualquier clase que sea del juez con respecto de la Ley o al legislador. Tiene su origen en una especie de situación de necesidad, cuando existen preceptos legales que se contradicen, y el juez, ante ese conflicto de preceptos que se le plantea, se ve precisado a adoptar una resolución en el proceso”. Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución...*, cit., p. 30. La idea de la capacidad decisoria del juez conforme al derecho constitucional es básica en la obra de Schmitt. La necesidad de fallar, de resolver problemas es insoslayable: La decisión, es para el alemán, “sentido y objeto de la sentencia”, por tanto, su “valor no radica en una argumentación aplastante, sino en una autoritaria eliminación de la duda que precisamente resulta de las principales argumentaciones posibles que se contradicen entre sí. ¿A quién sino al juez nos llevaría la lógica a designar como responsable para resolver conflictos? Dicho Tribunal resuelve dudas y diferencias de opinión en su calidad de máximo experto del derecho, es decir, es, en realidad, una especie de asesor jurídico supremo”. *Ibidem*, pp. 61 y ss.

¹⁹⁷ Sobre esto véase Fioravanti, Mauricio, *Constitución...*, cit., pp. 109 y 110. Actualmente (según la *Circuit Court of Appeals Act*, de 1891) los recursos en contra de tribunales federales los conoce una Corte Federal de Apelaciones (The Circuit Court of Appeals). Como consecuencia de la imposibilidad de la Corte Suprema de conocer todos

6. *La dificultad contramayoritaria*

La crítica de la jurisdicción y a la jurisprudencia constitucional se efectúa siempre en torno a la disputa sobre el principio de la división de poderes. Ya Kelsen había señalado lo anterior: “La posibilidad de que una ley expedida por el órgano legislativo sea anulada por otro órgano, constituye una notable restricción al poder del primero... En esta hipótesis, casi resulta inevitable un conflicto entre los dos legisladores, el positivo y el negativo”.¹⁹⁸

los recursos presentados, en 1925 entra en vigor la The Judge's Act. Ley federal que crea una jurisdicción bifurcada. Dos son las vías de acceso a la jurisdicción de revisión judicial de la Corte Suprema: el auto de evocación o *writ of certiorari* y el recurso de apelación o *appeal to the court*. En la primera vía, el recurrente pide a la Corte que dicte un acto de avocación con la finalidad de que ésta pueda revisar la sentencia dictada por un tribunal inferior. La diferencia entre un auto de avocación y el recurso de apelación reside en que este último obliga a la Corte a revisar la sentencia del tribunal inferior, siempre que una ley autorice al recurrente a pedirlo, mientras que en el auto de avocación la decisión de entrar a conocer el caso es discrecional. El título 28 del United Status Code compila las normas existentes relacionadas con los tribunales federales existentes. En su capítulo I establece que los órganos judiciales de primera instancia son las cortes federales de distrito o Federal District Court (además, existen tribunales especiales, como el U. S. Court of Federal Claim y Court Internacional Trade). En un nivel intermedio se encuentran las cortes federales de apelación. El máximo órgano es, por su puesto, la Corte Suprema de los Estados Unidos. Los juzgados de distrito son la puerta de entrada al sistema judicial federal: instruyen el proceso judicial. Las cortes de apelaciones se encargan de revisar las sentencias dictadas por los tribunales federales inferiores especializados, revisa las sentencias de las cortes federales de distrito en materia de patentes y marcas y en aquellos asuntos donde se reclama algún tipo de responsabilidad pecuniaria al gobierno federal. Magaloni Kerpel, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, cit., pp. 35 y ss.

¹⁹⁸ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y el Estado*, traducción de Eduardo García Márquez, México, UNAM, 1988, p. 318. La solución que da Kelsen a este conflicto, como bien sabemos, es la creación de un Tribunal Constitucional, cuyos miembros sean electos por el parlamento. Kelsen, Hans, “El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las Constituciones austriacas y norteamericana”, *Dereitod, Revista Xurídica de la Universidad de Santiago de Compostela*, vol. 4, núm. 1, 1995, p. 219. Kelsen señala que: “Puesto que la Constitución confiere al Tribunal Constitucional una función legislativa, esto es, una función que en principio estaba reservada al parlamento, la Constitución austriaca de 1920, preveía que los miembros del Tribunal Constitucional fueran elegidos por el parlamento a diferencia de los otros jueces, que eran nombrados por la administración”. Habermas considera también que la discusión de fondo es una lucha de poderes; véase Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, p. 311. En las discusiones sobre el control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el ámbito europeo es imprescindible citar la polémica entre Hans Kelsen y Carl Schmitt. A este respecto, véase Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, traducción de Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos,

Sin embargo, la discusión doctrinal en Estados Unidos se refiere a otra problemática. Nos referimos a lo que Alexander Bickel llamó “dificultad contramayoritaria” en su obra *The Least Dangerous Branch*.¹⁹⁹ Con su libro se comienza una nueva discusión sobre la *judicial review*: el control judicial es una institución anómala y contramayoritaria²⁰⁰ del sistema democrático norteamericano. Así, cuando la Corte Suprema declara inconstitucional una ley o una acción de un ejecutivo electo se tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora, ejerciendo el control no en nombre de la mayoría, sino en su contra.²⁰¹

Desde entonces se ha tratado de responder a una pregunta que parece esencial: ¿es legítima la labor del poder revisor de la constitucionalidad de la norma?²⁰² Pregunta que dista mucho de haber sido contestada. En los últimos años la polémica ha cobrado actualidad con la tesis de Je-

1995, y Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución...*, cit. Para una visión general de la justificación de la *judicial review* véase Freeman, Samuel, “Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review”, *Law and Philosophy*, vol. 9, núm. 4, 1990-1991, pp. 327-370. Sobre este artículo véase el ensayo de Waldron, Jeremy, “Freeman’s Defense of Judicial Review”, *Law and Philosophy*, vol. 13, 1994, pp. 28-41.

¹⁹⁹ Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch...*, cit. Véase, también, Bickel, Alexander, “The Supreme Court 1960 Term. Foreword: The Passive Virtues”, *Harvard Law Review*, vol. 75, 1961-1962, pp. 40-79; Arbos, Xavier, “De Wechsler a Bickel...”, cit., pp. 263-298. Se cuenta ahora con excepcionales y esclarecedores estudios sobre la historia de la objeción contramayoritaria de Barry Friedman: Friedman, Barry, “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy”, *New York University Law Review*, vol. 73, 1998, pp. 333-433; id., “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Two: Reconstruction’s Political Court”, *Public Law and Legal Theory, Working Paper Series Research*, vol. 49, 2002, pp. 1-99; id., “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson of Lochner”, *New York University Law Review*, vol. 76, 2001, pp. 1383-1453; id., “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law’s Politics”, *New York University Law Review*, vol. 148, 1999-2000, pp. 971-1064; id., “The Birth of Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five”, *The Yale Law Journal*, vol. 112, núm. 2, 2002, pp. 153-259. El autor además ha publicado numerosos ensayos sobre el tema; véase por ejemplo: “The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review”, *University of Cincinnati Law Review*, vol. 72, 2003-2004, pp. 1257-1304. En castellano pude verse Criado, Marcos y Cabo, Antonio de, “La actualidad constitucional en Estados Unidos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 5, 2000, pp. 296 y ss.

²⁰⁰ Los términos “problema contramayoritario” fueron acuñados en Bickel, Alexander, *The least dangerous Branch...*, cit., pp. 16 y 17.

²⁰¹ *Idem*.

²⁰² Las críticas han surgido también de la pluma de polítólogos como Robert Dahl, quien considera que las decisiones de la Corte sólo ratifican las preferencias populares. Dahl, Robert A., *La democracia y sus críticos*, traducción de Leonardo Wolfson, Barcelona, Paidós, 1992.

remy Waldron; enmarcada en el debate sobre la inserción de una Constitución y de un órgano encargado de velar por ella en el Reino Unido.²⁰³ La principal objeción que se le hace al órgano revisor de la constitucionalidad es su supuesto déficit democrático, ya que se cuestiona que jueces no elegidos democráticamente tengan la facultad de invalidar una norma producto de la voluntad de una mayoría. La primera premisa que utilizan los críticos del *judicial review* se basa en el respeto a la forma de gobierno que acompañó el nacimiento de la nación norteamericana: el gobierno acorde con el consentimiento de las mayorías de los gobernados es el núcleo del sistema de gobierno norteamericano, pues la sociedad ha aceptado desde un comienzo y de manera casi instintiva la democracia representativa.²⁰⁴ No obstante, la mayoría que dispone de un poder sin trabas para establecer la política gubernamental se encuentra en una posición en la cual pueden adjudicarse beneficios a expensas de la minoría restante, aun cuando no haga diferencia significativa entre los grupos.²⁰⁵

²⁰³ Esta propuesta es conocida como Charter 88. No está de más señalar que la jurisprudencia norteamericana acerca de la división de poderes y sobre la *judicial review* ha sido utilizada en las sentencias en el Reino Unido. Si la idea de Coke fue exportada a los Estados Unidos de América donde se desarrolló a partir de las ideas de Hamilton y después por el magistrado Marshall, parece que ahora el Parlamento inglés retoma su lógica. Sobre esto véase Worster, William, “Using Jurisprudence to Resolve the British Separation of Powers Following the Human Rights Act 1988”, *Oregon Review of International Law*, vol. 5, 2003, pp. 76-113. El autor parte de un ilustrativo estudio de las ideas de Coke y Marshall, para después establecer las influencias de éstos en la Europa continental, desde la Convención Europea de los Derechos Humanos hasta la protección del Parlamento de los derechos “atrincherados” por la Human Rights Act o HRA, que se sustancia en la obligación de los tribunales de interpretar las leyes de conformidad con la Convención Europea de Derechos Humanos, cuyo contenido se incorpora a la HRA, o en la facultad de emitir una Declaration of Incompatibility que no invalida ni permite inaplicar la ley, pues sigue siendo el Parlamento el facultado para modificarla o derogarla. *Cfr.* Bayón Mohino, Juan Carlos, “Derechos, democracia...”, *cit.*, p. 1. Sobre el tema puede verse Gearly, Conor, “Reflections on Human Rights and Civil Liberties in Light of the United Kingdom’s Human Rights Act 1998”, *University of Richmond Law Review*, vol. 35, 2001-2002, pp. 1-26; Vick, Douglas W., “The Human Rights Act and the British Constitution”, *Texas International Law Journal*, vol. 37, 2002, pp. 329-372. En castellano: Pérez Treviño, Luis, “Una revisión de la soberanía del Parlamento británico”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 18, 1998, pp. 171-204.

²⁰⁴ *Cfr.* Hart Ely, John, *Democracia y desconfianza...*, *cit.*, p. 26. Boynton, Brian, “Democracy and Distrust after Twenty Years: Ely’s Process Theory and Constitutional Law from 1990 to 2000”, *Stanford Law Review*, vol. 53, 2000-2001, p. 397.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 26.

No está de más recordar que a partir de la Revolución francesa se ha entendido al Estado como un poder representativo que, en contraposición al Estado absolutista, se concibe como un poder limitado, limitación que está marcada por los derechos fundamentales. En este modelo de Estado el pueblo seguiría siendo soberano, esto es, seguiría siendo un pueblo libre. Su libertad sería intocable jurídicamente, incluso por obra de la propia mayoría: derechos frente al Estado, derechos frente a la mayoría. Ése era el núcleo fundamental de este modelo en el momento del nacimiento del Estado constitucional.

La defensa de aquellos derechos consagrados en la Constitución estará en las manos de un cuerpo colegiado. Esto plantea el problema, un supuesto problema de legitimación de sus decisiones: un grupo de personas que no han sido elegidas democráticamente decide sobre la constitucionalidad de una norma establecida por una mayoría. Así, un poder revisor de constitucionalidad plantea lo que se ha llamado “dificultad contramayoritaria”, y que podríamos describirla como una paradoja, pues, por una parte, contamos con la regla de la mayoría que configura un ideal democrático, y, por otra parte, la existencia de instituciones correctoras que le marcan límites y que están en manos de una minoría ilustrada.

Trataremos de explicar que la supuesta tensión entre la *judicial review* y la democracia, que se ha convertido en una verdadera “obsesión”,²⁰⁶ no es más que una fe excesiva en la democracia como regla de la mayoría. Esto, aunado a la concepción de que los fundamentos últimos de la *judicial review* son derechos naturales, y el descrédito de estos últimos provocan una desconfianza en aquella institución.²⁰⁷

Aunque en Europa los problemas de legitimidad democrática de los órganos revisores de constitucionalidad no se dan con tanta intensidad como en los Estados Unidos, los tratadistas españoles no se han resistido a la tentación de entrar a la polémica de la supuesta objeción contramayoritaria. A través de la obra de Ferreres Comella se plantea el tema

²⁰⁶ Friedman, Barry, “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One...”, *cit.*, pp. 337 y 338. Se señala de nuevo en Friedman, Barry, “The Countermajoritarian Problem and the Pathology of Constitutional Scholarship”, *Northwestern University Law Review*, vol. 95, 2000-2001, p. 935. De la misma opinión véase Burbank, Stephen, “The Architecture of Judicial Independence”, *Southern California Law Review*, vol. 72, 1999, pp. 328, y Winter, Steven L., “Indeterminacy and Incommensurability in Constitutional Law”, *California Law Review*, vol. 72, 1990, p. 1521.

²⁰⁷ Chemerinski, Erwin, “The Supreme Court, 1988...”, *cit.*, p. 64.

en las discusiones doctrinales en España.²⁰⁸ Así, Ferreres Comella se cuestiona: “¿bajo qué condiciones es legítimo, desde un punto de vista democrático, el ejercicio del control judicial de la constitucionalidad de la ley?”.²⁰⁹

Juan Carlos Bayón formula la interrogante de forma similar: “¿Cómo se justifica y qué alcance tiene la *judicial review*? ¿En qué términos han de utilizar esa facultad jueces no elegidos y no sujetos a responsabilidad para que no resulte inconsistente con los supuestos básicos de la democracia?”.²¹⁰

²⁰⁸ Así lo señala Bayón Mohino, Juan Carlos, “Democracia y derechos...”, *cit.*, p. 9, nota 18. Sin embargo, Rubio Llorente ya advertía sobre la importancia de “teorizar” acerca de la “legitimidad del poder del juez sobre la representación popular”. En las críticas a la labor de la Corte pueden esgrimirse argumentos tradicionales, como el que ya señalara Carl Schmitt y que se desechan “apelando, en último término, a la *facta concludentia*, y a la resistencia de los demócratas del viejo estilo, hoy denominados jacobinos, a abandonar el dogma de la soberanía de la ley y la sujeción a ella del juez, con apelaciones a una concepción pluralista de la democracia y a la necesidad de proteger la libertad de la amenaza de la mayoría”. Sin embargo, la legitimidad del juez para invalidar la norma dictada por la representación popular no ha sido probada satisfactoriamente. Véase Rubio Llorente, Francisco, “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, *La forma del poder...*, *cit.*, pp. 544 y ss. Anteriormente Rubio Llorente había señalado los riesgos que se corren al tratar de justificar el papel que asumen las jurisdicciones constitucionales en el Estado contemporáneo: El “destronamiento de la ley” podría tener como consecuencia la destrucción de la seguridad jurídica. Para Rubio Llorente, el problema debe ser resuelto por la teoría constitucional, y apoyándose en una doctrina de la interpretación: la desconfianza frente al legislador no puede llegar a sustituir el poder ilimitado de las mayorías por “el también ilimitado, de un juez que crea libremente derecho con pretexto de la Constitución, o a colocar en el lugar de la ley una decisión ad casum, expresión de un criterio sobre cuya fijeza y generalización no tiene el ciudadano garantía alguna”. Prólogo de Rubio Llorente a Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, *cit.*, p. XXIV.

²⁰⁹ Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, *cit.*, p. 41.

²¹⁰ Bayón Mohino, Juan Carlos, “El debate sobre la interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana (Dworkin, Ely, Tribe, Barber)”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 4, enero-abril, p. 138. La misma pregunta se la formula Gargarella, Roberto, “Las dificultades de defender el control judicial de las leyes”, *Isonomía*, núm. 6, 1997, pp. 55-70; *id.*, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, *cit.* p. 11; Lora Deltoro, Pablo de, *La interpretación originalista de la Constitución...*, *cit.*, p. 55; Prieto Sanchís, Luis, “Constitución y parlamento”, *Parlamento y Constitución*, Toledo, Cortes de Castilla-La Mancha, núm. 5, 2001, pp. 11 y 12; Ahumada Ruiz, Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, *cit.* La investigación de Ahumada Ruiz desarrollada en su obra *La jurisdicción constitucional en Europa*, entre otras cosas, analiza el dilema contramayoritario. Basta con leer el título de su capítulo II para comprender su preocupación: *¿Democracia tutelada por jueces? La tensión entre constitucionalismo y democracia*. Parece que uno de

La doctrina en España ha elaborado propuestas para resolver la dificultad contramayoritaria. Para Prieto Sanchís, por ejemplo, justifica la labor de la Corte y considera que las decisiones pueden servir como un diálogo institucional con el legislador. Las sentencias requieren un esfuerzo o una carga argumentativa que contribuyan a la racionalización del derecho.²¹¹ Propone un recurso legislativo al estilo del que fue arbitrado en la Revolución francesa.²¹² Por su parte, Cappelletti considera que la labor de Poder Judicial es legítima: “Cuando no existe control judicial el poder político está aún más fácilmente expuesto al riesgo de perversión”. Aunque reconoce que no es un “remedio infalible”, en muchos países ha servido para “reforzar nuestras libertades fundamentales, entonces su legitimidad democrática también se ha confirmado”.²¹³

los principales objetivos del libro es demostrar la importancia de la objeción democrática en los regímenes constitucionales de Occidente. La autora advierte de los riesgos de “constitucionalización de la democracia”: “¿Hasta qué punto, sin embargo, es posible codificar, «constitucionalizar» la democracia sin provocar con ello su desnaturalización?”. *Ibidem*, p. 133. Una y otra vez, la autora se pregunta si el establecer derechos y atrincherarlos es válido en un sistema democrático. *Ibidem*, p. 116. En definitiva, la autora hace eco, aunque de forma matizada y a veces tímida, de las críticas al sistema de la *judicial review* hechas por Carlos Santiago Nino, Jeremy Waldron y Robert Dahl a quienes cita recurrentemente. Se percibe sobre todo la influencia del pensamiento de Dahl, incansable crítico de la democracia norteamericana, para quien uno de los bienes fundamentales del hombre se encuentra la libertad de autodeterminación. Lo que hay de tras de todo esto es el argumento según el cual la democracia, por sí sola, podría ser un mecanismo protector de los derechos fundamentales. Esto es lo que parece sugerir la autora. Para Ahumada, la “intervención frecuente del tribunal constitucional en la determinación de cuestiones cuya solución, en principio, debe dejarse al proceso político, a la larga puede afectar negativamente a su autoridad”. *Ibidem*, p. 306. Creemos que la autora no deja claro cuáles son aquellos temas sobre los que el juez constitucional debería abstenerse. Si se definieran esos supuestos límites entraríamos a una polémica muy fructífera.

²¹¹ *Ibidem*, p. 37.

²¹² *Ibidem*, p. 28.

²¹³ Cappelletti, Mauro, “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional”, traducción de Pablo de Luis Durán, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, núm. 17, 1986, pp. 45 y 46. Esto se demuestra con una mirada a la labor de los tribunales constitucionales después de la Segunda Guerra Mundial. Para un análisis comparativo de los tribunales constitucionales en Europa véase: Bouzat, Gabriel, “El control constitucional. Un estudio comparativo”, en varios autores, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

7. *La democracia radical. El constitucionalismo en peligro*²¹⁴

Los políticos radicales defienden la idea de que la democracia requiere que gobiernen aquellos representantes elegidos por el pueblo y que el pleno poder de dictar leyes les sea conferido con libertad. Para el demócrata radical, ese poder constituyente está siempre latente, no hay ninguna diferencia entre aquellos que redactaron la Constitución y el pueblo de hoy. No hay lugar a derechos fundamentales entendidos como precompromisos, sólo existirían los que en cada momento proclamara para sí el pueblo vivo.

De ahí que Jeremy Waldron destaca que el respeto a los derechos de participación política es incompatible con la creación de una institución encargada de la revisión y adaptación de los derechos fundamentales.²¹⁵ Uno de los argumentos más usados por los monistas, como denomina Ackerman a los demócratas radicales, se denomina “tiranía del pasado”: cada generación debe ser libre para tomar sus propias decisiones. Cabe aclarar que el argumento de la tiranía del pasado se refiere a los compromisos establecidos por generaciones anteriores, que no es lo mismo que la objeción contramayoritaria establecida por Bickel,²¹⁶ y que tiene que ver

²¹⁴ Tomamos esta idea del ensayo de Patricia Lopera, para quien las ideas de constitucionalismo se han puesto en tela de juicio: la idea de la supremacía constitucional “ha sido cuestionada en sus cimientos desde cierta filosofía jurídica y política, que critica tanto la idea del «coto vedado» como de precompromiso constitucional, una parte esencial de la que se conoce como dificultad contramayoritaria del control judicial de constitucionalidad”. Lopera Mesa, Gloria Patricia, “La problemática legitimidad de la justicia constitucional”, *Anuario Iberoamericano de la Justicia Constitucional*, núm. 5, 2001, p. 234.

²¹⁵ Waldron, Jeremy, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, pp. 18-51; Waldron, Jeremy, “Nonsense upon Stilts. Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man”, *cit.*, pp. 18-20; *id.*, “Deliberación, desacuerdo y votación”, en Koh, Harold Hongju y Slye, Ronald C. (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 2004, pp. 249-667.

²¹⁶ La cita obligada para los que se declaran en contra de la “tiranía del pasado” es David Hume, para quien la ficción del contrato social “supone el contrato de los padres de anular a los hijos, aun a las generaciones más remotas (lo que los escritores republicanos nunca consentirán)”. Citado por Holmes, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en Elster, Jon y Slagstad, Rune, *Constitucionalismo y democracia*, *cit.*, p. 221. Según Burke, el Parlamento inglés de 1688 había cancelado legalmente su posteridad hasta el fin de los tiempos. Paine responde que no hay semejante derecho o poder. “Cada época y generación debe ser tan libre de actuar por sí misma, en todos los casos, como las edades y generaciones que le precedieron”. Para Paine, no sólo es inmoral, sino imposible atribuirse las opciones de las generaciones venideras. Los grilletes del pasado son como ataduras de arena. No obstante, los intentos para cancelar el futuro,

con la defensa de la Constitución por un tribunal constitucional o por una corte suprema.

La verdad acerca de la participación política y del proceso es tan compleja y discutida como cualquier otra cuestión en política:

La gente está en desacuerdo acerca de qué derechos de participación deben estar implícitos y cómo deben ser comprendidos frente a otros valores. Ellos tienen la noción de los límites constitucionales, representación proporcional, la frecuencia de las elecciones, la financiación de los partidos, la relación entre libertad de expresión...²¹⁷

De esta forma deja claro que no existe justificación para establecer un coto vedado alrededor de los derechos sustantivos, pues de esta manera se ignoraría la importancia de la deliberación democrática.

En este caso no se ataca sólo la institución de la *judicial review*; se ataca al constitucionalismo. La pregunta incómoda que formula Tribe sería: ¿por qué una nación que fundamenta la legalidad sobre el consentimiento de los gobernados decidiría constituir su vida política mediante un compromiso con un acuerdo original... estructurado deliberadamente para dificultar su cambio?²¹⁸ Stephen Holmes, después de citar la pregunta formulada por Tribe, a su vez, se cuestiona: la revisión judicial, cuando está basada en una lealtad supersticiosa a la intención de los creadores, ¿es compatible con la soberanía popular?²¹⁹

aunque a la postre vanos, pueden ser muy irritantes. Por tanto, se les debe denunciar como lo que son: violaciones abiertas a la justicia natural. Para Paine, el pacto social tiene que revalidarse constantemente, porque es una creación continua de las sociedades históricas y de los hombres que configuran el Estado en un momento dado. Paine, Thomas (estudio preliminar, selección y traducción), *El sentido común y otros escritos*, Madrid, Tecnos, 1990; West, Robin, “Tomas Paine’s Constitution”, *Virginia Law Review*, 89, 2003, pp. 1413-1461; Páramo Argüelles, Juan Ramón de, “Compromisos, grilletes de arena y nudos corredizos”, en Zapatero, Virgilio (ed.), *Horizontes de horizontes...*, cit.

²¹⁷ Waldron, Jeremy, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 13, 1993, p. 39.

²¹⁸ Tribe, H. Laurence, *American Constitutional Law*, cit., p. 9.

²¹⁹ Holmes, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en Elster, Jon y Slagstad, Rune, *Constitucionalismo y democracia*, cit., p. 176-216. La interpretación conforme a la interpretación del constituyente es sólo uno de los métodos interpretativos, es, de hecho, el más radical y conservador de ellos. Robert Bork es el máximo representante del originalismo. La mayoría de los tratadistas, incluyendo al propio Tribe, son más medidos en sus posiciones acerca de la interpretación constitucional. Cabe señalar que Robert Bork critica la institución de la *judicial review* y pugna por una interpretación

Para Waldron no hay razones morales para asumir compromiso alguno con el atrincheramiento de los derechos y para rechazar el control judicial de constitucionalidad, pues eso sería negar el reconocimiento de la autonomía moral de las personas. Para él, la regla de la mayoría es el procedimiento de decisión colectiva más respetuoso de los derechos individuales como de participación política.²²⁰

Para Waldron, los filósofos políticos liberales deben ser los primeros en dudar de la oportunidad de canonizar esos derechos si eso supone expulsar del debate político aspectos básicos de la regulación de la convivencia. Lo anterior se relaciona con las discusiones que en Estados Unidos tienen lugar entre los que llaman liberales y republicanos: los liberales evocan el peligro de una tiranía de la mayoría y postulan el primado de unos derechos del nombre que garantizan las libertades “prepolíticas” del individuo y trazan límites a la voluntad soberana del legislador. Para los defensores de un humanismo republicano, la voluntad de un colectivo no puede reconocer nada que no responda a su propio proyecto de vida.

Habermas explica lo anterior señalando:

...según la concepción liberal los derechos del hombre se imponen a la consideración moral como algo dado, anclado en un ficticio estado de naturaleza, conforme a la concepción republicana la voluntad ético política de un colectivo que decide él mismo lo que quiere ser, no puede reconocer nada que no responda a su propio proyecto de vida, asumido en autenticidad.²²¹

Por lo que existen fuertes tensiones “entre la positividad del derecho y la legitimidad que ese derecho reclama para sí”.²²²

conforme a la intención original. Véase, por ejemplo: Bork, Robert, *Tempting of América: The Political Seduction of the Law*, Nueva York, Fee Press, 1990; Bork, Robert, “The Constitution, Original Intent, and Economic Right”, *San Diego Law Review*, vol. 23, 1996, p. 823-832. Las críticas a la interpretación conforme a la intención del constituyente son abundantes. Véase, por ejemplo, Posner, Richard A., “Bork and Beethoven”, *Stanford Law Review*, vol. 42, 1989-1990, pp. 1365-1382; Bayón Mohino, Juan Carlos, “El debate sobre...”, *cit.*, pp. 137-153.

²²⁰ Cfr. Lopera Mesa, Gloria Patricia, “La problemática legitimidad de la justicia constitucional”, *cit.*, p. 235.

²²¹ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, p. 165.

²²² *Ibidem*, p. 160.

No obstante, debemos recordar que la democracia y la regla de la mayoría no tienen por qué ser la misma cosa. Bobbio nos recuerda que pueden existir sistemas políticos no democráticos donde impere la regla de la mayoría “tanto elecciones del órgano decisional supremo como en la toma de decisiones de gran importancia”; por otra parte, “hay determinaciones colectivas en los sistemas democráticos que no se toman con base en la regla de la mayoría, sin que por ello estos sistemas dejen de ser democráticos”.²²³

8. Soluciones a la dificultad contramayoritaria

Recordemos que una de las principales objeciones a la potestad del juez constitucional para decidir en contra del mandato del legislativo se basa en la supuesta falta de legitimidad democrática. En las páginas siguientes analizaremos las formas en las que esta objeción puede ser resuelta. La forma en la que la dificultad contramayoritaria se solucione tendrá una incidencia directa en nuestra propuesta de cómo debe abordar la Corte los casos relacionados con las *affirmative action*. Se han propuesto tres formas para resolver el dilema contramayoritario. La primera consiste en subordinar el control de constitucionalidad a los valores democráticos, al “*ethos* democrático”. La segunda establece que la subordinación de la democracia a ciertos derechos fundamentales reconocidos en la Constitución legitimaría el sistema contramayoritario. Ackerman le denomina “fundamentalismo de los derechos”. La tercera, el dualismo democrático, se basa en la conveniencia de los precompromisos colectivos. Esto sería una forma de frenar el poder de las mayorías. Sin embargo, según esta teoría, los precompromisos sólo pueden ser efectivos cuando las circunstancias que los inspiraron no hayan cambiado de forma radical. Ésa es la diferencia con los fundamentalistas, pues para estos últimos el texto constitucional es la fuente de estos derechos; en cambio, para los seguidores del dualismo democrático pueden existir diferentes momentos constitucionales sin que necesariamente exista un poder constituyente o una reforma constitucional.²²⁴ Nos ocuparemos de estas tres propuestas en las páginas siguientes.

²²³ Fernández Santillán, José Francisco (comp.), *Norberto Bobbio: el filósofo y la política (antología)*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 254.

²²⁴ Sigo la clasificación hecha por Gabriela Alonso en la introducción a la obra de Ackerman: Ackerman, Bruce, *La política del diálogo liberal...*, *cit.*, pp. 9-45. Véase la

A. *El ethos democrático de John Hart Ely*

La forma de resolver el dilema contramayoritario de Ely parte de la suposición de que antes de los derechos fundamentales se encuentran los valores democráticos. La aportación de la teoría de Ely al derecho constitucional es muy importante; a través de su libro *Democracia y desconfianza*, publicado en 1980,²²⁵ el que fuera profesor de la Universidad de

clasificación que hace Rosenkrantz en Ackerman, Bruce y Rosenkrantz, Carlos F., “Tres concepciones de la democracia constitucional”, en varios autores, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991; Ahumada Ruiz, Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa*, cit., pp. 171 y ss.

²²⁵ Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza*, cit. Por este libro se le otorgó el premio *Order of Coif*, que se adjudica cada tres años a la obra más sobresaliente publicada en cualquiera de las ramas del derecho, y que compartió con el profesor Jesse Choper. La teoría de Ely es tan importante que todo estudio sobre la *judicial review* o sobre la interpretación constitucional que se pretenda completo debe repasar sus ideas más importantes. No es gratuito que *Democracia y desconfianza* sea uno de los libros jurídicos más citados en la historia reciente de los Estados Unidos. Shapiro, Fred R., “The most-cited Legal Books Publisher since 1978”, *Journal Legal Studies*, vol. 29, 2000, pp. 397-401, y Regnier, Thomas, “The Legacy of John Hart Ely: A Giant in the Classroom as Well”, *University of Miami Law Review*, vol. 58, 2003-2004, p. 981. Para Earl Maltz, la teoría de Ely cambió dramáticamente el debate constitucional, pues en la década de los setenta del siglo XX, algunos autores sostienen que los jueces se encuentran en una situación que les permite dar fuerza constitucional a los valores morales fundamentales. Eso es precisamente lo que critica Ely en *Democracia y desconfianza*. Maltz, Earl M., “The Supreme Court and the Quality of Political Dialogue”, *Constitutional Commentary*, vol. 5, 1988, p. 375. Sobre *Democracia y desconfianza* véase, Richards, David A. J., “Moral Philosophy and Search for Fundamental Values in Constitutional Law”, *Ohio State Law Journal*, vol. 42, 1981, pp. 319-333. En español pueden encontrarse referencias y análisis a la obra de Ely en Wolfe, Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional*, cit., p 485; García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1983, p. 210; Beltrán de Felipe, Miguel, *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork. Una polémica constitucional*, Madrid, Civitas, 1989, p. 104; Dorado Porras, Javier, *El debate sobre el control constitucional en los Estados Unidos*, Madrid, Dykinson, p. 101; Bayón Mohino, Juan Carlos, “El debate sobre la interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana (Dworkin, Ely, Tribe, Barber)”, cit., pp. 137-153; Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, cit., pp. 55 y ss.; Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, cit., pp. 328 y ss.; Gargarella, Roberto, “La justicia frente al gobierno...”, cit., pp. 148 y ss.; Magaloni Kerpel, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, cit., p. 124. La obra de Choper a la que nos referimos es *Judicial Review and the National Political Process. A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, Chicago, The University of Chicago Press, 1980. Choper supone que la Corte es libre de establecer estándares de acción, y propone uno concreto basado en consideraciones políticas generales: el *judicial review* sólo debe ejercitarse cuando se supone que el proceso político mayoritario no puede defender los intereses en juego, lo

Stanford, propone que los jueces constitucionales ejerzan su poder guiados por tres propósitos: vigilar el proceso de representación política al estilo de un árbitro, mantener despejados los canales de cambio político, y favorecer la representación de las minorías.²²⁶

Parece evidente, señala Ely, que el gobierno acorde con el consentimiento de las mayorías de los gobernados es el núcleo del sistema de gobierno norteamericano, pues la sociedad ha aceptado desde un comienzo y de manera casi instintiva la democracia representativa.²²⁷ No obstante, la mayoría que dispone de un poder sin trabas para establecer la política gubernamental se encuentra en una posición en la cual puede adjudicarse beneficios a expensas de la minoría restante, aun cuando no haga diferencia significativa entre los grupos.²²⁸

La *judicial review*, según nuestro autor, es necesaria para salvaguardar los derechos de las minorías. A su vez, el principio democrático es sobre el que se ha formado el gobierno de los Estados Unidos. Esta tensión entre protección de las minorías y la regla de la mayoría es la que pretende resolver Ely con su concepción de una Constitución de “derechos procedimentales”.

Según la cláusula del debido proceso, que se encuentra en la enmienda XIV de la Constitución norteamericana, ningún Estado puede “privar a ninguna persona de la vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal”. Para Ely, esta cláusula es interpretada erróneamente, pues antes de que pueda determinarse si alguien tiene derecho al “debido proceso” y, por consiguiente, antes de que pueda determinarse qué proceso es “debido”, debe demostrarse que ha sido privado de un “interés de libertad” o, quizás, de un “interés de propiedad”.²²⁹

cual lo limitaría al área de las libertades públicas. Para él, la *judicial review* es una institución frágil. La crítica a la obra de Choper es que no entra a la discusión de cómo ha de ejercitarse la *judicial review*; cuestión que en realidad constituye el problema central del proceso de interpretación. Tampoco fundamenta ese papel en la Constitución. Sobre esta crítica a la obra de Choper véase Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, cit., p. 529, nota 17.

²²⁶ Estos tres puntos son descritos por Ely en los capítulos IV, V y VI, que titula: “La vigilancia del proceso de representación: la Corte como árbitro”, “El despeje de los canales del cambio político” y “Cómo facilitar la representación de las minorías”, respectivamente.

²²⁷ Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza*, cit., pp. 19-27.

²²⁸ *Ibidem*, p. 26.

²²⁹ *Ibidem*, p. 37.

Según Ely, la falsa interpretación de dicha cláusula tiene sus orígenes en la reacción a las sentencias del periodo *Lochner* —en alusión a la sentencia *Lochner vs. New York*.²³⁰ Para justificar los fallos en la era *Lochner*, la Corte consideró como fundamental el derecho de propiedad, sosteniendo que algunos derechos eran “atributos esenciales de la libertad”, que deben prevalecer ante las declaraciones del poder político, e incluso ante las decisiones democráticas emanadas del Poder Legislativo.²³¹ La sentencia *Lochner* se ha convertido en un ejemplo de lo que no se debe hacer: su “espectro” sigue pesando en las decisiones de la Corte —señala Sunstein—,²³² por lo que existe una gran resistencia a expandir o redefinir la categoría de derechos que deben ser considerados como fundamentales.

Para la Corte de la era *Lochner*, un debido proceso tenía que proteger los derechos sustantivos que ellos consideraban importantes. En cambio, después de *Lochner* se desprecia toda intromisión de la Corte respecto a derechos sustantivos. Aquellos que considerados interpretativistas aducen —con verdad, según Ely— que nada en la Constitución le otorgaba ese poder al juez constitucional; sin embargo, la verdadera razón que debe motivarnos a considerar la era *Lochner* como un error es el hecho de que se llevó a la Corte a discutir cuestiones de derechos sustantivos a los que la Constitución no otorga respuestas. Para Ely, la Corte debe proteger la constitucionalidad del procedimiento, es decir, vigilar que en los procesos de toma de decisiones estén representados todos, así como fiscalizar que el proceso político se desarrolle de acuerdo con un ideal representativo.²³³

La lógica de Ely parece irrefutable: si en la era *Lochner* —sentencia que ahora se considera un error de la Corte— los jueces usan derechos

²³⁰ *Lochner* 198 U. S. 45, de 1905. La sentencia declara inconstitucional una ley que establecía jornadas máximas de trabajo. La Corte considera a la libertad contractual como una forma de propiedad inviolable. En el capítulo II analizamos con más detenimiento los pormenores de la sentencia *Lochner*.

²³¹ Cloud, Morgan, “The Fourth Amendment Era: Privacy, Property, and Liberty in Constitutional Theory”, *Stanford Law Review*, vol. 49, 1995-1996, pp. 558 y ss.

²³² Sunstein, Cass R., “*Lochner Legacy*”, *Columbia Law Review*, vol. 87, núm. 5, p. 873. Véase también Horwitz, Morton, “*Republicanism and Liberalism in American Constitutional Thought*”, *William and Mary Law Review*, vol. 29, 1987-1988, pp. 57-74.

²³³ Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza*, cit., pp. 97 y ss.; Estreicher, Samuel, “*Platonic Guardians of Democracy: John Hart Ely’s Role for the Supreme Court in the Constitution’s open Texture*”, *New York University Law Review*, vol. 56, 1981, pp. 547-582; Boynton, Brian, “*Democracy and Distrust after Twenty Years: Ely’s Process Theory and Constitutional Law from 1990 to 2000*”, cit., p. 397.

sustantivos para fundamentar sus fallos, parece fácil inferir que simplemente aquellos jueces se equivocaban: la Corte no puede imponer su propia ideología, no debe usar el debido proceso sustantivo (*substantive due process*). Ely advierte que los críticos de la sentencia *Lochner* son conscientes de esto; sin embargo, existen otras sentencias, también basadas en un supuesto derecho sustantivo que, al contrario de *Lochner*, son consideradas laudables por los mismos progresistas; entonces, ¿cuál es la diferencia entre *Lochner* y, por ejemplo, *Roe vs. Waden*?²³⁴ ¿cómo justificar el activismo de la Corte sin miedo a que se repitan las sentencias “formalistas” tipo *Lochner*? El miedo de Ely es enfrentarse a una discusión metajurídica; por eso resuelve negando la posibilidad de que el juez conozca sobre derechos sustantivos.

Para Ely, la Constitución original estaba dedicada a los problemas de proceso y estructura y no a la identificación y preservación de valores sustantivos específicos. Lo que sugiere es que los derechos a proteger no fueron los derechos sustantivos que considera escasos, sino aquellos procesos y estructuras diseñadas para la toma de decisiones en los diferentes niveles. Para él, las cuestiones sustantivas son sumamente controvertidas, mientras que las relativas a los derechos de participación política no lo son tanto. La idea de una Constitución proceduralista provoca que Ely concluya que el control constitucional debe implicar una labor de eliminación de las obstrucciones en el proceso democrático, donde la negación del voto sería la obstrucción por antonomasia.

Los ideales republicanos sobre los que se construyeron las instituciones de los Estados Unidos buscaban que los representantes gobernarán en el interés de todo el “pueblo”; sin embargo, en la teoría política y social de esa época existía una suposición, según la cual el “pueblo” sería un grupo homogéneo cuyos intereses no varían significativamente.²³⁵

Nada más falso que la suposición anterior: las sociedades cada vez son más heterogéneas; en ellas conviven diferentes grupos con realidades distintas que con poca frecuencia se ponen de acuerdo. Uno de los primeros ataques que sufren las minorías es la exclusión de los procesos políticos,

²³⁴ 410 U. S. 113 (1973). En esta sentencia se reconoce el derecho de las mujeres a abortar. El asunto fue estudiado bajo un escrutinio estricto, ya que el derecho amenazado es explícitamente reconocido por la Constitución como fundamental: el derecho a la libertad personal y a la privacidad.

²³⁵ Para fundamentar esto, Ely cita a Katz, “Tomas Jefferson and the Right to Property in the Revolutionary America”, *J. L. And Econ.*, vol. 19, 1976, pp. 467, 481, 482.

que puede darse en diferentes niveles, desde el derecho al voto a la exclusión de las posiciones de poder, por lo que se hace indispensable un Poder Judicial consciente de las realidades sociales. El Poder Judicial debe ser capaz de frenar aquellas decisiones perniciosas que pretenden descalificar a las minorías de las luchas de la real política entre grupos.²³⁶

De esta forma, la teoría de la representación “debería ser extendida de manera que asegurara no sólo que el representante no separará sus intereses de aquellos de la mayoría de sus electores, sino también que no se separarán los intereses de una coalición mayoritaria de aquellos de las diferentes minorías”.²³⁷ La cláusula XIV es, para Ely, la encarnación más dramática de este ideal de la Constitución, por lo que parece lógico pensar que será el juez constitucional el encargado de proteger los intereses de las minorías, y su intervención sería apropiada cuando los procesos de representación existentes parecen ser poco adecuados para representar los intereses minoritarios.²³⁸

El caso más claro de obstrucciones del proceso democrático es la negación del voto: la consecuencia inmediata de negarle este derecho a ciertos grupos será la baja influencia de éstos en la toma de decisiones del gobierno. De ahí que Ely establezca que la Corte debe proteger los intereses de aquellos que están representados deficientemente: “desbloquear las obstrucciones al proceso democrático es de lo que debería ocuparse primordialmente el control judicial, y la negación del sufragio parecería ser la obstrucción por excelencia”.²³⁹

No hay que olvidar que la Constitución norteamericana fue concebida por un pequeño grupo de personas que detentaban el poder de su época; oligarquía que excluía a mujeres, negros y, en general, a todo grupo minoritario. Por tanto, parece evidente que estos grupos carecían de voz en los procesos de toma de decisiones legislativas posteriores a la promulgación de la Constitución.

²³⁶ Un trabajo por demás ilustrativo de lo que aquí se expone lo encontramos en Riesman, “Democracy and Defamation: Control of Group Libel”, *Columbia Law Review*, vol. 42, 1942, pp. 727-754.

²³⁷ Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza*, cit., p. 107; Linzer, Piter, “The Carolene Products Footnote and Preferred Position of Individual Rights: Louis Lusky and John Hart Ely vs. Fiske Stone”, *Constitutional Comentary*, vol. 12, 1995, pp. 277-303.

²³⁸ *Ibidem*, pp. 102-107.

²³⁹ *Ibidem*, p. 146.

La enmienda XIV no hace más que comenzar el proceso de igualación de derechos, pues el reconocimiento de los derechos de las minorías ha sido gradual: del reconocimiento de la igualdad formal a la búsqueda de una igualdad sustancial. Es aquí donde la representación política juega un papel fundamental: el concepto de democracia incluye siempre la idea de participación.

Es importante destacar que el derecho al voto no se encuentra expresamente protegido por la Constitución norteamericana, y en el proceso de reconocimiento la Corte Suprema ha tenido un papel fundamental. La exclusión de determinados grupos no puede estar en manos de quienes detentan el poder, e incumbe a los tribunales asegurarse de que a nadie se le niegue el derecho al voto sin razón convincente. De ahí que el derecho al voto debe estar especialmente protegido.²⁴⁰

Al parecer, lo de la teoría de Ely es la propuesta de participación que incluye a la sociedad en su conjunto, ya que las leyes implícitamente desiguales de grupos a los que debería de tratar igual las entiende como resultado de un proceso político perturbado en sus condiciones procedimentales democráticas. Como vemos, las normas mayoritarias para Ely no son, por ese hecho, respetuosas de los derechos de las minorías. Por lo que sus ideas nos sitúan de nuevo en el punto de partida: ¿qué sistema ha de seguirse para encontrar un respeto de los derechos de los grupos minoritarios? El profesor nos señala una salida digna de tomarse en cuenta. Para él, el control abstracto de las normas ha de referirse ante todo a las condiciones del génesis democrático de las leyes, pues la desconfianza liberal contra las mayorías tiene un origen procedural.

Lo que sugiere Ely es que de respetarse el procedimiento democrático estaría garantizado el respeto de los derechos de las minorías, por lo que debe existir un efectivo reconocimiento de los derechos de participación. De esta forma, todos los grupos podrán participar en deliberaciones par-

²⁴⁰ Una de las primeras sentencias que protegió este derecho fue *Carrington vs. Rash*, 380 U. S. 89 (1965), donde la Corte invalidó una ley de Texas que negaba el sufragio a quienes se habían trasladado a este estado durante el servicio militar. Pero no fue hasta *Harper vs. Virginia Board of elections Comissioners*, 383 U. S. 663 (1966), cuando se reconoce este derecho a todos los ciudadanos, declarándose inconstitucional una norma del estado de Virginia que establecía como requisito el pago de un impuesto para participar en las elecciones. A criterio de la Corte se establecía una “odiosa discriminación” entre ricos y pobres. El estatus económico es una “clasificación sospechosa”, y no resulta racional que el ejercicio del derecho a votar se condicione a la existencia de ciertos ingresos. Se establece así, la obligación del estado de velar por el igual derecho al voto.

lamentarias, para ser tomados en cuenta al motivar las leyes que se discuten y aprueban: deben existir las mismas oportunidades para las minorías que técnicamente están representadas, pero efectivamente excluidas.

Para Ely, el verdadero sustento por el que debe estar protegido el derecho al voto no es que las medidas que lo restrinjan sean irracionales; utilizar la racionalidad en el lenguaje judicial resulta una “hipérbole”, pues en ocasiones estas medidas pueden parecer perfectamente justificadas.²⁴¹ el verdadero problema es que los grupos a los que se les niega el derecho al voto están siendo excluidos de los procesos decisarios por una razón insuficiente. Las discusiones acerca de la democracia incluyen invariablemente la igualdad política, o el principio de que el voto de cada persona debe tener igual valor.²⁴²

Para Ely, es indispensable un papel activo del juez constitucional cuando la ley restringe la representación política, es decir, la libertad de expresión, la de asociación y el derecho al voto, y cuando la ley afecta a las minorías diferenciadas y aisladas:²⁴³ los derechos procedimentales garantizan que los intereses de determinados grupos no se vean perjudicados por normas producto de prejuicios en su contra. Por lo que el juez, al enfrentarse con normas poco favorables a dichos grupos, debe sospechar que son el resultado de procesos políticos que no tuvieron en cuenta por igual los intereses de todos.²⁴⁴

Por lo que la intervención estatal a través de los tribunales estaría justificada por la protección de ataques provocados por la intolerancia asociada con la xenofobia o el racismo. Como vimos, uno de los primeros ataques que sufren las minorías es la exclusión de los procesos políticos, el derecho al voto en sus dos aspectos: derecho a votar y a ser votado (este último derecho que representa una exclusión de las posiciones de poder),

²⁴¹ Podría parecer perfectamente racional, por ejemplo, negar el derecho al sufragio de los militares, pues su voto podría influir en las elecciones terminando por dominar la política de un pueblo. Estas fueron precisamente las alegaciones del estado de Texas al asunto *Carrington vs. Rash*, 380 U. S. (1965).

²⁴² Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza*, cit., p. 152.

²⁴³ Ely fundamenta esto en las ideas activistas de la Corte Warren, aunque recuerda que la especial protección a ciertas minorías fue introducida por la sentencia *United States vs. Carolene Products Co.* 304 U. S., posteriormente analizaremos la sentencia *Carolene* en este trabajo.

²⁴⁴ Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza*, cit., p. 167 y ss. Sobre esto véase también Popov, Olga, “Towards a Theory of Underclass Review”, *Stanford Law Review*, vol. 43, 1990-1991, pp. 1095-1132.

es por eso indispensable un Poder Judicial consciente de las realidades sociales.

Una revisión de la historia reciente nos ayudaría a sustentar ese temor del cual nos protegeríamos mediante un órgano capaz de frenar aquellas decisiones que podrían parecer perniciosas para las minorías —a las que Cover no duda en calificar como cabezas de turco o *scapegoats* de las luchas de la real política entre otros grupos—.²⁴⁵ Lucha que se caracteriza por la dominación de la clase mayoritaria y por la “manipulación de masas” que acarrea no sólo la baja representación de determinados grupos, sino la perversión de los propósitos políticos.

Aunque las ideas de Ely son de gran valía, nos preguntamos si haciendo cumplir los derechos procedimentales se resuelven los problemas relacionados con las minorías, como la discriminación social en su contra. Cumplidas plenamente las reglas políticas ¿debemos confiar en que las normas que menoscaban derechos dejarán de presentarse? Otra pregunta que habrá que contestar es si es cierto que la Constitución de los Estados Unidos no establece derechos sustantivos. Juan Carlos Bayón se cuestiona lo siguiente:

¿Es correcta la idea de que los límites que marca la Constitución son esencialmente procedimentales, no sustantivos, y que, por lo tanto, siempre que se sigan los procedimientos constitucionales cualquier resultado al que se llegue es válido, con la única condición de que dicho resultado sea coherente con el mantenimiento del procedimiento mismo?²⁴⁶

Para Ferreres Comella, la defensa procedural de la Constitución carece de fuerza,²⁴⁷ y considera, como lo apuntó en su momento Tribe,²⁴⁸ que es falso que los derechos sustantivos en la Constitución sean escasos, así como que las cuestiones sustantivas sean más controvertidas. Ely justifica de esta forma la labor activa del juez constitucional, aunque condena la intromisión de la moral en sus decisiones, pues aquél sólo

²⁴⁵ Un trabajo por demás ilustrativo de lo que aquí se expone lo encontramos en Riesman, “Democracy and Defamation: Control of Group Libel”, *cit.*

²⁴⁶ Bayón Mohín, Juan Carlos, “El debate sobre...”, *cit.*, p. 146.

²⁴⁷ Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional...*, *cit.*, pp. 65 y 66.

²⁴⁸ Tribe, Laurence H., “The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories”, *The Yale Law Journal*, vol. 89, 1980, pp. 1063 y ss.; Tushnet, Mark, “Darkness on the Edge of Town: The Contribution of John Hart Ely to Constitutional Theory”, *The Yale Law Journal*, vol. 89, núm. 6, 1979-1980, pp. 1045 y ss.

puede basar sus determinaciones en principios democráticos, pero ¿es esto posible? De la teoría de Ely surge una pregunta inevitable: ¿de dónde surgen aquellos principios democráticos? Para Habermas, la única autoridad a la que puede apelar el juez constitucional para buscar esos principios democráticos es a la soberanía popular,²⁴⁹ lo que lleva a la teoría de Ely a caer en una encrucijada, ya que la soberanía popular, según Habermas, se encuentra en una relación de competencia con los derechos fundamentales, y, por ende, con los derechos de los grupos minoritarios.

Para Stephen Holmes, la teoría de Ely es reduccionista:

La Constitución no es sólo un documento de procedimiento que guarde silencio acerca de todas las cuestiones sustantivas... Ely tiene razón al objetar a los jueces que, amparándose en el pretexto de la razón, el derecho natural²⁵⁰ o el modelo americano, en realidad basan sus decisiones en normas

²⁴⁹ Habermas, Jürgen, *Factividad y validez...*, cit., p. 312.

²⁵⁰ En los Estados Unidos, el fundamento en el derecho natural tiene sus raíces en la sentencia dictada por el magistrado Chase, *Calder vs. Bull*, 3 U. S. 386 (1798), que analizaba la constitucionalidad de una ley de Connecticut que desconocía un decreto judicial y concedía un nuevo juicio. Según la opinión del magistrado Samuel Chase, “Un acto legislativo (pues no puedo llamarlo una ley) contrario a los grandes principios fundamentales del pacto social, no puede ser considerado como un ejercicio legítimo de la autoridad legislativa”. *Ibidem*, p. 388. Chase cree en el dogma del contrato social: “The purpose for which men enter into society will determine the nature and terms of social contract”. *Idem*. Como él mismo explica, el propósito del contrato social es establecer un sistema justo de gobierno para los miembros de la sociedad. El propósito de la Constitución —señala Chase— es abarcar los términos de ese contrato social: “The people of the United States erected their Constitution, or form of government, to establish justice, to promote the general welfare, to secure the blessing of liberty; and to protect their persons and property from violence”. *Idem*. Así, el último propósito de la Constitución es también el último propósito del contrato social. El magistrado está ante una situación en la que el texto constitucional guarda silencio; una situación injusta para la que la Constitución no tiene respuesta. En vez de asumir que el Poder Legislativo está facultado para hacer todo aquello que la Constitución no prohíbe expresamente, Chase arguye que se debe asumir que el legislador tiene prohibido hacer cualquier cosa que sea contraria al propósito fundamental de la Constitución: “It is against all reason and justice, for a people to in trust a legislature with, [certain] powers; and, therefore, it can not be presumed that they have done it”. *Idem*. Si el propósito más básico de la Constitución, según él, es asegurar un sistema de gobierno justo, la legislación, que es flagrantemente injusta, debe ser considerada inconstitucional”. *Ibidem*, Iredell, otro magistrado en el caso *Calder*, considera, en cambio, que el poder de la *judicial review* sólo debe ser usado cuando el texto de la Constitución es tan claro que no haya duda de que la legislación es inconstitucional: “The Court never resort to that authority, but in clear and urgent case”. *Ibidem*, 399. Cf. Foley, Edward B., “The Bicentennial of *Calder vs. Bull*: In Defence of a Democratic Middle Ground”, *Ohio State Law Journal*, vol. 59, 1998, pp. 1599-1632. La opi-

subjetivas, que se ocultan prudentemente tras un lenguaje confuso. Pero se equivoca al sugerir que ha resuelto este problema perenne.²⁵¹

Más bien parece que nadie lo ha hecho; sin embargo, sostener que las decisiones judiciales “discrecionales” deben estar sustentadas en derechos sustantivos aunque éstos no se encuentren expresamente establecidos en el texto constitucional no parece del todo satisfactoria, ¿qué valores deben primar: los del juez, los de la sociedad?

En la teoría de Ely se defiende la tesis de una Constitución que contiene sólo derechos adjetivos o procedimentales. Este sistema de interpretación es autorreferente, en virtud de que considera como única fuente de derechos a la Constitución. Se enfrenta así a un problema de justicia que no es fácil de superar.

¿No es la propia teoría de la representación una especie de valor fundamental? Parece que sí, lo que acabaría siendo una contradicción en la premisa más importante de Ely. La elección de los valores procesales en vez de los sustantivos termina pareciendo vacua. No obstante, la teoría de Ely relacionada con las presunciones constitucionales que toma de la sentencia *Carolane* es aceptada casi con unanimidad por los tratadistas. En ella se encuentra el valor y lo genial de su propuesta. En el capítulo segundo abordaremos esto a profundidad.

B. *El fundamentalismo de los derechos de Ronald Dworkin*

Los “fundamentalistas”, como les llama Ackerman,²⁵² sostienen que existen determinados derechos que no deben ser tocados por el pueblo: el principio democrático no es el único principio bajo el cual debemos

nión contraria es sostenida por Ely. Para él, la disertación de Chase fue sólo de índole filosófica: “No le agradaba ley en cuestión, esto lo afirmó con claridad, pero en nuestro sistema, el único derecho natural aplicable por los tribunales es aquel que aparece en el documento; por esta razón, lo único que debemos decidir —señala Chase— es el significado de la prohibición de leyes *e post facto*”. Hart Ely, John, Democracia y desconfianza, *cit.*, p. 241, nota 41.

²⁵¹ Holmes, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia...”, *cit.*, p. 220, nota 9.

²⁵² Ackerman, Bruce A., “Constitutional Politics/Constitutional Law”, *Yale Law Journal*, vol. 99, 1989-1990, p. 465; Ackerman, Bruce A. y Rosenkrantz, Carlos F., “Tres concepciones de la democracia constitucional”, *cit.* Ackerman fue alumno en Harvard de Rawls, más tarde se incorporó a la universidad de Yale, donde conoció a Alexander Bickel, Robert Bork y a Dworkin. Resenkrantz, Carlos, “Entrevista a Bruce Ackerman”, *cit.*, p. 515.

diseñar las instituciones del Estado, ya que existe otro principio a tomar en cuenta: la defensa de los derechos fundamentales, y que deben ser protegidos incluso ante las decisiones mayoritarias.²⁵³ Lo paradójico es que esta idea es compartida por conservadores y liberales. Rosenkrantz da el ejemplo de Epstein,²⁵⁴ que enfatiza el rol fundamental del derecho de propiedad, o el de Carlos Santiago Nino,²⁵⁵ liberal que enfatiza el derecho a ser tratados como agentes morales iguales y autónomos; finalmente, colectivistas como Owen Fiss,²⁵⁶ que enfatizan el derecho de los grupos más desfavorecidos a ser tratados con especial consideración.

La característica del fundamentalismo, según Ackerman, sería que encuentra su fuente de inspiración en las doctrinas filosóficas de Manuel Kant, vía John Rawls,²⁵⁷ y en Locke, vía Nozick.²⁵⁸ Los fundamentalistas, según Ackerman, tratan de justificar las decisiones contramayoritarias de la Corte por la condición de imparcialidad de sus miembros. Este argu-

²⁵³ Para algunos tratadistas el argumento que valida la labor del juez como defensor de los derechos fundamentales aun en contra de las decisiones mayoritarias no es totalmente convincente. Francisco Rubio Llorente señala que “...la desconfianza al legislador, no puede llevar a sustituir ese poder por el también ilimitado, de un juez que crea libremente derecho con pretexto de la Constitución”. Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder*, cit., p. 580. Víctor Ferreres señala que la protección de los derechos individuales no significa que la “objeción democrática sea irrelevante como punto de partida de la discusión”. Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, cit., pp. 46 y ss. De la lectura de la tesis de Pablo de Lora se intuye una posición más radical, siguiendo a Jeremy Waldron, señala que la objeción democrática es muy fuerte, por lo que el juez debe tratar al legislador con mucha deferencia. Lo que defiende es un “thayerianismo fuerte”. Lora Deltoro, Pablo de, “La posibilidad del constitucional thayeriano”, *Doxa*, núm. 23, p. 66; *id.*, *La interpretación originalista de la Constitución...*, cit., pp. 74 y ss.

²⁵⁴ Epstein, R., *Taking: Private Property and the Power of Eminent Domain*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.

²⁵⁵ Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 1989.

²⁵⁶ Fiss, Owen M., “The Supreme Court, 1978, Term-Foreword: The form of Justice”, *Harvard Law Review*, vol. 93, 1979.

²⁵⁷ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985; *id.*, *El liberalismo político*, cit.

²⁵⁸ Para Locke, como para Nozick, la igualdad formal de oportunidades tolera las desigualdades que son causadas por las diferencias en las condiciones sociales y los talentos naturales. Rosenfeld, Michel, “Substantive Equality and Equal Opportunity: A Jurisprudential Appraisal”, *Cal. Law Review*, vol. 74, 1986, p. 1697, Nozick y Rawls son considerados los pensadores contemporáneos más importantes de la filosofía política actual; sin embargo sus teorías están encontradas. Véase Nozick, Robert, *Anarquía, Estado y utopía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1990. Para el contraste de las teorías de Rawls y Nozick: Corlett, J. Angelo (ed.), *Equality and Liberty. Analyzing Rawls and Nozick*, Reino Unido, Palgrave MacMillan, 2003.

mento justifica la labor de la Corte señalando su pericia en la labor interpretativa del derecho y por la restricción que supone tener que motivar sus resoluciones.²⁵⁹ Un argumento que los críticos han denominado elitista.

La defensa de los derechos que hace Dworkin en su extensa obra es bien conocida en España; sin embargo, no está de más repasar los rasgos más importantes de la propuesta del profesor de Oxford. Para él, los derechos son “triunfos” frente a la mayoría, especialmente el derecho a la igual consideración y respeto. La obra de Dworkin es una gran apología de los derechos morales del ciudadano. Cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución, el juez según el positivismo tendrá “discreción” para deducir en uno u otro sentido.²⁶⁰

Dworkin propone un nuevo modelo de la función judicial diferente al silogístico,²⁶¹ al realista y al positivista. Su modelo reconoce la existencia de casos difíciles en los cuales no existe norma aplicable. Dworkin establece que las cuestiones constitucionales tienen una sola respuesta correcta.²⁶² Las ventajas del modelo de Dworkin, explica Calsamiglia,²⁶³ son: 1) evita que

²⁵⁹ Para Morton White, los padres fundadores del sistema representativo en Estados Unidos tenían una postura epistemológica elitista al considerarse descubridores del interés público. En su opinión: “Sólo aquellos que se elevasen por encima de la ambición, los sesgos, los prejuicios, los intereses parciales e inmediatos del hombre común iban a estar en condiciones de descubrir los verdaderos intereses de la comunidad”. Véase White, Morton, *Philosophy, The Federalist, and the Constitution*, Oxford, 1987, p. 216. Citado por Gargarella, Roberto, “El ideal de la democracia deliberativa en el análisis del sistema representativo. Algunas notas teóricas y una mirada sobre el caso de la Argentina”. En línea: www.politica.com.ar/Filosofia_politica/Democracia_deliberativa_gargarella.htm, se accedió a la página el 28 de octubre de 2003. Sobre los orígenes filosófico-políticos de la posición elitista en Estados Unidos véase Chemerinski, Erwin, *Interpreting the Constitution*, Nueva York, Praeger, 1987, pp. 86-95.

²⁶⁰ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, cit., p. 146.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 20.

²⁶² Recordemos que para Dworkin es posible encontrar para cada caso una sola decisión correcta. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, cit., p. 177. Para Cárdenas Gracia “no debemos aspirar a jueces ideales, jueces Hércules, pero si preguntarnos si los actuales cumplen las exigencias que la sociedad demanda”. Cárdenas Gracia, Jaime, “Los principios y su impacto en la interpretación constitucional y judicial”, en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar, *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 104 y 105. Para Ronaldo Porto, confiar en que el juez encontrará el buen derecho es una ingenuidad; Porto Macedo Junior, Ronaldo, “Privacidad, mercado e información”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 6, enero-junio de 2002, p. 149.

²⁶³ Prólogo a *Los derechos en serio*, cit., pp. 20 y 21.

el juez se constituya como legislador: el Poder Judicial tiene como función garantizar derechos pre establecidos; 2) la tesis de Dworkin es compatible con el postulado de la separación de poderes, puesto que el juez está subordinado a la ley y al derecho; 3) el modelo de la respuesta correcta rechaza la teoría del silogismo, pero acepta su principio político básico: el juez no tiene ni puede tener poder político; 4) en casos difíciles los jueces no basan sus decisiones en objetivos sociales o directrices políticas. Los casos difíciles se resuelven basándose en los principios que fundamentan el derecho.

Un tema básico en la teoría de Dworkin es la distinción entre principios, normas y derechos. El caso *Riggs vs. Palmer* es usado por Dworkin para distinguir los principios de las normas. En el caso *Palmer*, la Corte tuvo que decidir si un heredero designado en el testamento de su abuelo podía heredar en virtud de ese testamento aunque para hacerlo hubiera asesinado a su abuelo. Con este asunto pretende probar que en ocasiones el juez resuelve los asuntos basándose en principios más que en derechos.²⁶⁴

Dos fundamentos jurídicos abogaban por la entrega al homicida: la fuerza obligatoria de los testamentos —norma establecida en la ley testamentaria— y el principio de derecho que señala que los tribunales de lo civil no pueden agregar nuevas penas a los delitos. Los dos principios llevados al extremo lógico nos hacen suponer en qué sentido iría la sentencia del juez. No obstante, la resolución del juez cita un principio más general, y cuyas raíces se encuentran adheridas a sentimientos de justicia:²⁶⁵ “A nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen”.²⁶⁶ El homicida no recibió la herencia. Pero ¿por qué escogió el juez este principio? En su momento Benjamín Cardozo también analizó esta sentencia. Para él, la respuesta de la Corte se basó en el interés social de no permitir que el criminal lucre con su crimen, pues es más fuerte que el interés de preservar los derechos de propiedad y la fuerza ejecutoria de los derechos sub-

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 73. El caso *Riggs vs. Palmer* es usado por Cardozo para probar que “un principio o precedente, llevado a sus extremos lógicos, puede señalar una conclusión; otro principio o precedente examinado con igual lógica, puede señalar con idéntica certidumbre otra conclusión”. Cardozo, Benjamín, *La naturaleza de la función judicial*, cit., p. 27.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 28.

²⁶⁶ Citado por Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, cit. p. 73.

jetivos. Para Cardozo, el juez resuelve de acuerdo con un mero sentimiento de justicia.²⁶⁷

La respuesta de Dworkin es más elaborada. Los jueces cambian la ley y no sólo la interpretación, y lo hacen en virtud de un principio superior que el juez debe descubrir. En el caso de *Palmer*: “nadie puede beneficiarse de su propio delito” sería el derecho descubierto, y la única respuesta correcta.

Cuando no existe norma establecida para resolver el caso, el juez no puede eximirse de resolverlo. ¿El juez estaría obligado a inventar la norma y aplicarla retroactivamente? La respuesta de Dworkin es rotunda: no, el juez no puede hacerlo, pues se convertiría en legislador: “Los jueces han de aplicar el derecho promulgado por otras instituciones, no deben hacer leyes nuevas”.²⁶⁸ ¿En dónde encuentra el juez el derecho con el que fundamentará su sentencia? Cardozo nos señala que en ocasiones la fuente es obvia: “La norma que se ajusta al caso puede ser suministrada por la Constitución o por la ley. Si es así, el juez no mira más allá. Una vez establecida la correspondencia, su deber es obedecer. La Constitución está por encima de la ley”.²⁶⁹ Cuando no es así, cuando no existe precedente, el juez tendrá que llenar las lagunas de la ley. No obstante, el proceso legislativo no es completamente libre, pues la labor debe estar ligada a principios más generales.

C. Bruce Ackerman y la teoría dualista de la democracia

La tercera vía de resolver el dilema contramayoritario es propuesta por Ackerman, quien considera que las teorías constitucionalistas se basan en una visión monista de la Constitución. La visión “monista” se fundamenta en que la idea del Poder Constituyente como un hecho histórico²⁷⁰ da sustento a la supremacía constitucional, supremacía que se pro-

²⁶⁷ A esto le llama “método filosófico”. La terminología usada por Cardozo es criticada por Carlos Cossío, prologuista de Cardozo, pues llama “método filosófico” al método deductivo. Cardozo, Benjamín, *La naturaleza de la función judicial*, cit., p. XX. Las directrices, por su parte, tendrían como objeto perseguir el bien colectivo. Calsamiglia, Albert, “El concepto de integridad en Dworkin”, *Doxa*, núm. 12, 1992, p. 170.

²⁶⁸ Dworkin, Ronaldo, *Los derechos en serio...*, cit. p. 147.

²⁶⁹ Cardozo, Benjamín, *La naturaleza de la función judicial*, cit., p. 2.

²⁷⁰ Rosenkrantz, considera a Oliver Wendell Holmes, Alexander Bickel y John Ely, como exponentes del monismo. Todos ellos consideran que el control constitucional es un acto contramayoritario. Ackerman, Bruce A. y Rosenkrantz, Carlos F., “Tres concep-

tege a través de sistemas como el de la rigidez constitucional. Ackerman considera, en cambio, que existen dos momentos en la vida política de toda sociedad; el primero es al que se le denomina constitucional, caracterizado por la búsqueda del bien común donde el pueblo sale de la normalidad y se apropiá de la actividad política. Es en esos momentos, relativamente raros, donde las opiniones que los individuos consideran como fundamentales dimanan; los individuos se movilizan creando intensas deliberaciones que conforman un Poder Constituyente.²⁷¹

Esos momentos se consideran los más elevados de la vida política, en contraposición a la política que se desarrolla entre períodos constituyentes y que denomina “ordinarios”, por ser considerados inferiores desde el punto de vista democrático, ya que las diferentes facciones intentan manipular las formas constitucionales de la vida política persiguiendo sus propios y estrechos intereses.²⁷² El profesor de Yale describe las luchas por el poder que se dan al interior del Poder Legislativo guiado por intereses partidistas, por lo que su aportación más importante es la concepción de un poder revisor de la constitucionalidad de las normas como un catalizador de los cambios sociales. Pero ¿qué momentos son considerados constitucionales? Ackerman dice que la mayoría de la sociedad podría imponer restricciones al derecho de participación, por lo que es con-

ciones de la democracia constitucional”, *cit.*, p. 19. Sin embargo, la mayoría de ellos legitima su labor apelando a diferentes argumentos.

²⁷¹ Ackerman, Bruce A., “¿Un neofederalismo?”, en Elster, Jon y Slagstad, Rune, *Constitucionalismo y democracia*, *cit.*, p. 185; Ackerman, Bruce A., “Constitutional politics/Constitutional Law”, *cit.*, pp. 510-515, y Ackerman, Bruce A., *We the People*, Cambridge, Harvard University Press, 1991, cap. 5.

²⁷² Para Ackerman, a cada una de las facciones le gustaría usar el poder para tiranizar al resto. Ackerman, Bruce A., *¿Un neofederalismo?*, *cit.*, p. 189. Sobre las facciones existe un ensayo muy interesante de Joshua Cohen. Para él, uno de los grandes problemas de la teoría y la práctica democráticas es la explotación de los muchos por los pocos. A ese fenómeno James Madison llamó facción de minoría. Cohen, Joshua y Rogers Joel, “Asociaciones secundarias y gobierno democrático”, *Zona Abierta*, 84 y 85, 1998, p. 3. Los grupos pobres suelen estar subrepresentados, porque los costes de organización son muy altos. Los grupos que son objeto de discriminación tienden a estar subrepresentados porque la hostilidad y los estereotipos dirigidos contra ellos. Cohen sugiere eliminar los obstáculos formales de participación; dicha eliminación puede realizarse mediante estrategias de “acción afirmativa” a favor de los grupos con baja representación. *Cfr. ibidem*, pp. 36 y 37. Para Robert Dahl, una facción “es un número de ciudadanos, ya representen una mayoría, o una minoría del total, que están unidos y actúan bajo un impulso o una pasión común, o por interés, que es contrario a los derechos de otros ciudadanos o a los intereses permanentes y totales de la comunidad”. Dahl, Robert A., *Un prefacio a la teoría democrática*, México, Gernika, 1987, p. 25.

veniente que exista un órgano de control judicial de constitucionalidad imparcial como garante del proceso democrático.

Si los derechos fundamentales son producto de aquellos momentos políticos álgidos de la vida de toda sociedad, es en esos momentos, de verdaderas revoluciones políticas, donde el ciudadano se apropia de la actividad política que le era ajena, por lo que muchos derechos quedarían fuera por no ser considerados como relevantes en un momento determinado. Debemos recurrir entonces a un activismo de los jueces como única salida posible a las presiones sociales. Para Ackerman, el juez constitucional legitima su labor interpretativa en la voluntad soberana del pueblo real. Sus argumentos se basan más bien en la idea de que el juez constitucional debe reconocer derechos existentes en una sociedad cambiante, ideas que se nutren de una desconfianza en las decisiones del legislador, que dependen de luchas por el poder y de opiniones mayoritarias determinadas por las emociones.²⁷³ Para Ackerman, es el juez constitucional el órgano que en procesos democráticos “ordinarios” debe garantizar los derechos de la sociedad.

La teoría de Ackerman nos ayuda a superar la objeción democrática derivada de la anulación de normas originadas en un Poder Legislativo. Dar por hecho que existen momentos constitucionales que nos llevarían a entender a los jueces de la era *Lochner*: ellos no se equivocaron al fallar la odiosa sentencia; siguieron un “momento constitucional” anticuado: su error fue no reconocer el momento constituyente que se vivía en la era del *New Deal*. El derecho de propiedad ilimitado había dejado de formar parte del pacto social.

No reconocer lo anterior provocaría que muchos derechos queden relegados por no ser considerados como relevantes en un momento determinado. Las ideas implícitas en las primeras diez enmiendas de la Constitución norteamericana, así como las adoptadas después de la guerra de secesión, obedecen a los principios que afloraban en la sociedad de la época y que ayudaron al desarrollo de aquella nación americana. No obstante, los principios que rigen a toda sociedad, que dan legitimidad a las instituciones de los Estados y dan validez a las normas jurídica no son inmutables. Sobre esto, Habermas opina: “Una dominación ejercida en

²⁷³ Cfr. *ibidem*, p. 339. Jon Elster, en su obra *Ulises y las sirenas*, compartía la idea de Ackerman; sin embargo, como veremos cambia de opinión en su obra más reciente. Véase Elster, Jon, *Ulises y las sirenas: estudio sobre racionalidad e irracionalidad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 159.

las formas del derecho positivo, obligado siempre a dar razones y fundamentaciones, debe su legitimidad al contenido moral implícito de las cualidades formales del derecho”.²⁷⁴

Rawls asume como cierto el contenido de la teoría dualista para justificar la labor interpretativa de la Corte Suprema, la cual cuenta con razón pública.²⁷⁵ Vale la pena analizar los argumentos que presenta Rawls a favor de la labor interpretativa de la Corte. Éstos se relacionan con el método que usa aquel máximo tribunal para decidir. Para el que fuera profesor de la Universidad de Harvard, cualquier agente razonable y racional tiene un modo de formular sus planes, de fijar sus fines en un orden de prioridades (una sociedad política, un individuo, una familia o una asociación) y de tomar sus decisiones de acuerdo con ese orden.²⁷⁶ Rawls es consciente de la conveniencia de utilizar diferentes métodos y procedimientos que resulten idóneos para cada corporación, pues cada uno de ellos tendrá diferentes concepciones de sí mismo. De ahí que proponga un procedimiento especial para los razonamientos dentro de una Corte Suprema.

Rawls propone dos tesis: en primer lugar, que “la razón pública resulta muy adecuada para convertirse en razón del tribunal supremo [Corte Suprema] cuando éste desempeña su papel de supremo intérprete jurídico, pero no de intérprete final de la ley suprema; y segunda, que el tribunal supremo es la rama del Estado que sirve como modelo de la razón pública”.²⁷⁷

²⁷⁴ Habermas, Jürgen, *Factividad y validez*, cit., p. 555.

²⁷⁵ Rawls no tarda en aclarar que no entiende por razón no pública a la razón privada, sino razones grupales que estarían dentro del universo de la sociedad civil. En todos esos grupos los modos de razonar serían los mismos: “el concepto de juicio, principios de inferencia y reglas de evidencia, y muchos otros; de lo contrario no serían modos de razonar, sino, si acaso, retórica o medios de persuasión. Nosotros nos ocupamos de la razón, no simplemente del discurso. Un modelo de razonar, pues debe incorporar los conceptos fundamentales y los principios de la razón e incluir estándares de corrección y criterios de justificación. Cierta capacidad para dominar esas ideas es parte de la razón humana común”. Rawls, John, *El liberalismo político*, cit., p. 255.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 247.

²⁷⁷ Aquí, Rawls se apoya en Agresto, John, *The Supreme Court and Constitutional Democracy*, Ithaca, Cornell University Press, 1989. Así como en Holmes, Stephen. “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en Elster, Jon y Slagstad, Rune, *Constitucionalismo y democracia*, cit., pp. 176-216, y en Elster, John, *Ulises y las sirenas: estudio sobre racionalidad e irracionalidad*, cit.; *id.*, “Ulises revisitado, compromisos y constitucionalismo”, *Análisis Político*, traducción de Juan Carlos Rodríguez y Miguel García, núm. 35, pp. 70-96.

Para ilustrar estas tesis menciona cinco principios del constitucionalismo. El primer principio se refiere a la distinción de Locke entre Poder Constituyente del pueblo para establecer un nuevo régimen y el poder ordinario del gobierno, así como del electorado en la política cotidiana. En segundo lugar, distingue entre ley suprema y ley ordinaria. La ley suprema sería la expresión del Poder Constituyente del pueblo, y estaría investida “con la suprema autoridad de la voluntad de Nosotros, el pueblo; mientras que la legislación ordinaria tiene la autoridad y es la expresión del poder ordinario del parlamento y del electorado. La ley suprema vincula y guía al poder ordinario”. En un tercer principio, defendido por Rawls, una Constitución democrática sería la expresión de principios: la aspiración política de un pueblo a gobernarse a sí mismo de una determinada manera. “El objetivo de la razón pública es articular esa aspiración ideal”. Un cuarto principio es el de que la Constitución, con la carta de derechos considerados fundamentales fija determinadas “esencias constitucionales”, como la igualdad de derechos y las libertades básicas. Esto asegurará que las leyes ordinarias son aprobadas a través de determinadas vías por ciudadanos libres e independientes.²⁷⁸ El quinto principio propuesto por Rawls señala que el poder último no puede dejarse al Legislativo ni tampoco a un máximo tribunal (que sólo sería el intérprete máximo de la Constitución). El poder radica en las tres ramas, las cuales se hallan en una relación debidamente definida entre sí y cada una de ellas es responsable ante el pueblo.

Esto se relaciona claramente con lo dicho por Ackerman señalado más arriba. De hecho, Rawls cita el ensayo del profesor de Yale: “Constitutional Politics/Constitutional Law”.²⁷⁹ La Corte Suprema sería una institución encargada de proteger la ley suprema. Las decisiones de la Corte son contramayoritarias, sin embargo, la autoridad “superior del pueblo lo apoya”. La Corte sustentaría sus fallos usando los valores públicos de la razón pública: esos valores “suministran la base interpretativa del tribunal”.²⁸⁰ No puede dejarse guiar sino por lo que ellos piensan que exigen los casos, prácticas y tradiciones constitucionales, así como los textos históricamente significativos. Aquí rechaza que los jueces apelen a la moralidad personal o general. Deben atender, en cambio, a los valores políticos.

La premisa de la que parte Ackerman, como ya vimos, es que los momentos constitucionales son superiores a la política actual. Para él, los

²⁷⁸ Rawls, John, *El liberalismo político...*, cit., p. 267.

²⁷⁹ Ackerman, Bruce A., “Constitutional Politics/Constitutional Law”, cit.

²⁸⁰ Rawls, John, *El liberalismo político*, cit., p. 269.

procesos revolucionarios son procesos que legitiman el poder. Es en esos momentos cuando la sociedad reacciona y reivindica sus derechos, cuyos titulares son en ocasiones precisamente miembros de grupos minoritarios que han sido tradicionalmente discriminados, excluidos de toda participación política, y que buscan esos momentos violentos para hacerse notar. Si tomaramos como cierta esa premisa, el resto de su tesis parece de una lógica impecable. Sin embargo, advertimos que, lamentablemente, no es más que una ficción, una “hipocresía”, señala Elster. Se supone que los constituyentes no están atrapados por los vicios de los políticos: pasiones impulsivas, pasiones duraderas e intereses privados, y que los fundamentos de la actividad constituyente eran racionales. “Pero esto, una vez más, es pura hipocresía. La idea de que los constituyentes son semidiós legislando para bestias es una ficción”.²⁸¹

Es más, el constituyente no sólo está sujeto a “pasiones”, puede estar motivado por “autointereses”.²⁸² En realidad, las Constituciones tienden a ser redactadas en tiempos de turbulencias y convulsiones, en los que las pasiones tienden a estar desatadas. En los procesos constituyentes existen también pasiones duraderas que incluirían “animosidades nacionales, étnicas y religiosas; compromisos fuertes con la igualdad o la jerarquía; y otras disposiciones emocionales que son ampliamente compartidas y que están profundamente arraigadas en la población”.²⁸³ Y esto es así porque aquellos redactores de la Constitución no están exentos de las animosidades. El ejemplo del autor de *Ulises desatado* es el caso de la Constitución Española de 1931, que contenía severas cláusulas anticlericales.

²⁸¹ Elster, Jon, *Ulises desatado*, cit., p. 191.

²⁸² Cuando los constituyentes norteamericanos oponían el interés privado al “interés permanente y agregado de la comunidad”, podía significar dos cosas según Elster: El interés privado a menudo se aproxima a los intereses a corto plazo de un modo distinto a como atiende a los beneficios a largo plazo, o fija la atención en los beneficios individuales o de un grupo de modo distinto a como lo hace respecto a los beneficios de la comunidad como un todo. *Ibidem*, p. 154. En España, Laporta hace eco de las palabras de Elster. “El momento constitucional no es necesariamente, como se ha pretendido, un ejercicio de imparcialidad inspirado por el interés general”. Laporta, Francisco J., “El ámbito de la Constitución”, cit., p. 463. Para Prieto Sanchís, no es más que una ficción la suposición de que la Constitución es la expresión del pueblo soberano”. Prieto Sanchís, Luis, “Constitución y parlamento”, cit., p. 16.

²⁸³ Elster, Jon, *Ulises desatado*, cit., p. 176. Las asambleas de Filadelfia y la de París fueron convocadas en un momento de crisis política. Este hecho es importante para entender la naturaleza de los documentos. La Asamblea de París, por ejemplo, tenía los odios desatados contra la administración de la Corona. Elster, John, “Constitutional Boots-trapping in Philadelphia and Paris”, *Cardozo Law Review*, vol. 14. 1991-1993, p. 560.

cales: “Si la mayoría republicana en la Asamblea Constituyente —interpreta Elster— no hubiera empleado toda su fuerza, los desarrollos posteriores hubieran tomado un cariz distinto”.²⁸⁴

Para Ackerman, el juez constitucional legitima su labor interpretativa en la voluntad soberana del pueblo real. Sus argumentos se basan más

²⁸⁴ Elster, Jon, *Ulises desatado...*, cit., p. 177; Holmes, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, cit.; Duxbury, Neil, “Liberalism, Self-Interest and Pre-commitment”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. IX, núm. 2, 1996, pp. 385-395. El ensayo es una lúcida crítica a la posición de Holmes sobre el precompromiso. Otro ejemplo de un Constituyente movido por las animadversiones se dio en Bulgaria. La Constitución de 1991 prohíbe los partidos de base étnica o religiosa. Además, aunque el artículo 36 de dicha Constitución establece el derecho de los ciudadanos de las minorías a estudiar en su lengua materna —junto al búlgaro, que es el oficial—, en 1998 el parlamento rechazó la obligatoriedad de la enseñanza de lenguas diferentes al búlgaro en las escuelas públicas. La animosidad hacia los turcos es antigua. Recordemos que el pueblo búlgaro, sometido por el imperio otomano hasta la guerra rusa-turca de 1878, guardó fuertes resentimientos contra el otrora verdugo; resentimientos que se trasladaron a las leyes en contra de la minoría turca, que decidió continuar en el país; leyes que, por ejemplo, obligaban al cambio de los nombres turcos por “cristianos”. La primera campaña de cambio de nombres tuvo lugar en 1912, pero le sucedieron varias en diferentes épocas. Más tarde, el gobierno comunista (1948-1951) realizó esfuerzos para eliminar la forma tradicional de vida turca. Finalmente, en 1984, el Estado comenzó una campaña violenta de asimilación. Lo anterior tuvo como consecuencia que la minoría turca llegara al periodo de la transición a la democracia (1989-1992) como una minoría diferenciada y aislada. De tal suerte que la Constitución búlgara —señala Elster— contiene la protección más débil de los derechos de las minorías de todos los textos constitucionales de nuevo cuño en Europa del Este. Para la cuestión histórica y la transición a la democracia en Bulgaria véase Rumyana, Kolarova, “*Tacit Agreements in Bulgarian Transition to Democracy*”, *The University of Chicago Law School Roundtable*, 1993, pp. 23-51. Para un estudio de las Constituciones de Europa del Este véase Elster, Jon, “*Constitutionalism in Eastern Europe: An Introduction*”, *The University of Chicago Law Review*, 1991, pp. 447-482. Los ejemplos pueden multiplicarse; el Constituyente mexicano de 1917 señaló en su artículo 130, párrafo noveno, que los ministros de culto “no pueden en reunión pública o privada constituida en junta, ni en actos de culto o de propaganda religiosa, hacer crítica de las leyes fundamentales del país, de las autoridades en particular, o en general del gobierno”. A los ministros de culto se les tenía prohibido votar o ser votados y se le negaba el derecho para asociarse con fines políticos” (artículo 130, párrafo noveno). El artículo establecía otras incapacidades y prohibiciones. Véase Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1985, p. 1997. El Constituyente, en este caso, redactó la norma previendo el futuro, pero tomando en cuenta antecedentes históricos, es decir, piensa en el pasado e intenta evitar que suceda de nueva cuenta. En definitiva, estaba guiado por pasiones transitorias o permanentes y no por un interés general. La Iglesia era un enemigo desde tiempos de la reforma (movimiento que desembocó en la Constitución de 1857). Además, el clero trató de influir en el curso de la Revolución mexicana (1917-1921). El Constituyente de Querétaro procuraba suprimir de un modo absoluto la política ejercida desde el pulpito. Véase *Diario de los Debates*, México, Congreso de la Unión, t. II.

bien en la idea de que el juez constitucional debe reconocer derechos existentes en una sociedad cambiante, ideas que se nutren de una desconfianza contra las decisiones del legislador, que dependen de luchas por el poder y de opiniones mayoritarias determinadas por las emociones.²⁸⁵

Holmes, como Elster,²⁸⁶ rechaza las ideas de que los que aspiran a legitimar una Constitución escrita pueden “invocar la analogía del acto creador de Dios estableciendo una relación trascendental con actos que ocurren en el mundo creado”. El creador no está exento de influencias:

El propósito mismo de una declaración de derechos fue retirar ciertos temas de las vicisitudes de la controversia política para colocarlos fuera del alcance de mayorías y funcionarios y establecerlos como principios jurídicos que serían aplicables por los tribunales. El propio derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad, a la libertad de expresión, a la prensa libre, a la libertad de cultos y de reunión y otros derechos fundamentales no deben someterse a votación: no dependen del resultado de elecciones.²⁸⁷

A la inversa, los tribunales pueden silenciarse a sí mismos para apartarse de la pugna política. En tales casos, señala Stephen Holmes, “las reglas mordaza” instituyen una división del trabajo que puede ayudar a clarificar las responsabilidades de todas las partes.²⁸⁸ La función básica de una Constitución es separar ciertas decisiones del proceso democrático, es decir, “atar”²⁸⁹ las manos de la comunidad. En la otra opción, la de

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 339.

²⁸⁶ Holmes rechaza el dualismo de Ackerman, así como el de Jon Elster citando las palabras de este último en Ulises y las sirenas: “Sólo la asamblea constituyente es un actor político, en el sentido estricto de la *politiquee politisante*; todas las generaciones ulteriores quedan limitadas a la *politiquee politisée* o la aplicación cotidiana [es decir, aplicación o implementación] de las reglas básicas”. Citado por Holmes, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, *cit.*, p. 244.

²⁸⁷ *West Virginia State Board of Education vs. Barnette*, 319 U. S. 624-638.

²⁸⁸ Holmes, Stephen, “Las reglas mordaza”, *cit.*, p. 56. Para Holmes, “Una conversación queda invariablemente configurada por lo que sus participantes deciden no decir. Para evitar conflictos destructivos, suprimimos los temas controversiales. En Cambridge, Massachussets, viejos amigos rehuyen el tema de Israel para mantener intacta su amistad. Desde luego evitar un asunto espinoso es algo que puede verse como censurable: más como evasión que como arte diplomático. Pero esquivar los conflictos no es sólo un acto de cobardía: también puede cumplir objetivos positivos”. *Ibidem*, p. 49.

²⁸⁹ Para Holmes, “Una Constitución es como un freno, mientras que el electorado es como un caballo desbocado. Los ciudadanos necesitan una Constitución, así como Ulises necesitó que lo ataran al palo mayor. Si se permitiera a los votantes realizar sus deseos, inevitablemente naufragarían. Al atarse unas reglas rígidas, pueden evitar tropezarse con

una democracia constitucional ilimitada, a la que teme Hayek, las Constituciones son remedios institucionalizados para limitar el poder del gobierno.²⁹⁰

sus propios pies". Holmes, Stephen, "El precompromiso y la paradoja", *cit.*, p. 218. La analogía de Ulises ha sido discutida ampliamente. Ahora, el mismo Elster reconoce que no es del todo correcto llevar al plano político la idea de la autorrestricción individual. Elster cita a Jens Arup Seip: "En política, la gente nunca trata de atarse a sí misma; sólo de atar a los demás". Elster reconoce que esto es más correcto que sus opiniones anteriores donde asimilaba el comportamiento individual con el colectivo. En otro momento señala: "El individuo que desea atarse a sí mismo puede confiar su voluntad a instituciones o fuerzas externas a su control, que le impidan cambiar de opinión. Pero nada hay externo a la sociedad, excepto el caso de precompromiso a través de instituciones internacionales con poderes ejecutivos del tipo del Fondo Monetario Internacional o del Banco Mundial. Pero ni siquiera esta circunstancia puede hacer imposible actuar contra un precompromiso; sólo puede hacer que sea más costoso llevarlo a cabo". *Elster, Jon, Ulises desatado, cit.*, pp. 11 y 117-118. Véase también Elster, Jon, "Ulises revisitado, compromisos y constitucionalismo", *cit.* En un reciente artículo Elster afina sus posiciones desarrolladas en *Ulises desatado*, Elster, Jon, "Don't Born Your Bridge Before You Come It: some Ambiguities and Complexities of Precommitment", *Texas Law Review*, vol. 91, 2002-2003, pp. 1751-1787. Para Neil Duxbury, la analogía es imprecisa. Los individuos idean estrategias para "atarse" con la finalidad de superar su debilidad personal: tomo precauciones hoy porque desconfío de mí en el futuro. Es verdad, las sociedades no son entes homogéneos. De ahí que la analogía no sea correcta: la minoría teme de la mayoría, y viceversa. La sociedad de hoy teme los comportamiento de la sociedad en el futuro. Atar a una sociedad acarrea más riesgos que el acto individual; por tanto, deben justificar con mucha fuerza al comprometer las generaciones futuras, basándose, por ejemplo, en que pueden anticipar los peligros que asecharán a la sociedad más tarde. Duxbury, Neil, "Liberalism, Self-Interest and Precommitment", *cit.*, p. 392. El uso de precompromisos como método para prevenir un futuro en el terreno social es incierto y peligroso, los precompromisos suelen ser muy rígidos, por lo tanto riesgosos. *Ibidem*, p. 395. En España, Laporta se da cuenta de lo disímil entre el ejemplo de Ulises y el constitucionalismo: "quienes ordenan la vinculación no son generalmente los mismos que la van a sufrir". Laporta, Francisco J., "El ámbito de la Constitución", *cit.*, p. 464. Parece que el Constituyente, además de pensar en el futuro peligroso, redacta la norma pensando en los peligros del pasado. Establece un cambio en el "contrato social"; sin embargo, en ocasiones estos parecen inútiles; las situaciones que en un momento podrían justificar reformas pierden peso y parecen hoy contraproducentes. Puede, por tanto, entenderse que las nuevas interpretaciones constitucionales de la igualdad se encuentran en esta situación. La interpretación de la cláusula de igualdad como prohibición de discriminación parecía correcta; sin embargo, esta idea, hoy por hoy, parece caduca. Pero no es momento de abundar al respecto; más adelante se analizará esta tesis a detalle.

²⁹⁰ Hayek, Friedrich A., *Los fundamentos de la libertad*, Madrid, Unión Editorial, 1991, pp. 227-247. Esta idea fue sostenida por Hayek en diferentes obras. Véase Hayek, Friedrich A., *Democracia, justicia y socialismo*, Madrid, Unión Editorial, 1977, pp. 6 y 7. "Repite que no es democracia, sino su versión ilimitada, lo que considero no mejor que cualquier otro gobierno arbitrario. El error fatídico que da a las asambleas represen-

En el caso norteamericano, los creadores de la Constitución estaban “servilmente”²⁹¹ en deuda con las teorías políticas de “Harrington, Locke,²⁹² Trenchard y Gordon, de Hume, Montesquieu y Voltaire”,²⁹³ así como de las experiencias reales europeas.²⁹⁴ Si otorgamos mayor importancia a uno de los momentos constitucionales, es decir, si la Constitución refleja la voluntad popular más intensamente que las leyes aprobadas por el parlamento según el procedimiento ordinario tendría como consecuencia lógica que los intérpretes tendrían que apegarse a la “intención original”, y una buena forma que podrían haber ideado los constitucionalistas para tratar de perpetuar sus ideas podría haber sido redactar esas normas de forma detallada, serían menos susceptibles de controversia.²⁹⁵ La Corte Suprema, por tanto, tendría menos margen de maniobra, pero las generaciones posteriores a esos momentos constitucionales se verían más restringidas; el problema de la “tiranía del pasado” sería patente.

No obstante, si desmitificamos la idea de los momentos constitucionales pero observamos las bondades que conlleva esta idea, que no es otra

tativas salidas de las urnas poderes ilimitados es la creencia supersticiosa de que una autoridad suprema debe ser, por su propia naturaleza, ilimitada, ya que cualquier limitación supondría otra voluntad sobre la suya, con lo que su poder perdería el carácter de suprema... La autoridad única y suprema con derecho a decidir sobre la acción común puede muy bien ser limitada, restringida a las fronteras impuestas por una norma general que ha merecido la aprobación de la opinión pública”. La tradición liberal a la que se adhiere Hayek fija límites precisos a los poderes que la misma mayoría puede votar, a fin de que el régimen mayoritario no degenera en tiranía. Una mayoría no puede creer que no hay límites razonables a su poder, pues en general las decisiones mayoritarias serán menos sabias que las decisiones individuales. Sobre esto véase Butler, Eamonn, *Hayek. Su contribución al pensamiento político y económico de nuestro tiempo*, Madrid, Unión Editorial, 1989, pp. 159 y ss.

²⁹¹ Holmes, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, *cit.*, p. 245.

²⁹² En Norteamérica, en la época anterior a la independencia, las teorías sobre el origen contractual del gobierno se consideraban una realidad. Aparisi Miralles, Ángela, *La Revolución norteamericana. Aproximación a sus orígenes ideológicos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 129.

²⁹³ Ya hablamos de la influencia de Locke en las ideas de los constitucionalistas.

²⁹⁴ La influencia de la carta magna, así como los comentarios hechos por juristas ingleses jugaron un papel importante en la educación legal en las colonias americanas. Véase, por ejemplo, Hazeltine, H. D., “The Influence of Magna Charta on American Constitutional Development”, *Columbia Law Review*, vol. 1, núm. 1, p. 20.

²⁹⁵ Interpretamos que esto es lo señalado por Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, *cit.*, p. 79. Sin embargo, aunque se considerara que la Constitución refleja la voluntad popular de una mejor forma que el procedimiento ordinario, la solución no ha sido siempre la de establecer restricciones a detalle. El principio de igualdad se ha caracterizado por su abstracción.

sino la de la supremacía constitucional estaremos en una posición más realista. Estaríamos ante una “ficción necesaria”.²⁹⁶ Lo que se debe dejar claro es que al desmitificar la Constitución no estamos dudando de la supremacía constitucional. Pero el valor no se lo otorgamos por una cuestión que atiende a la mítica, sino por la seguridad de que aporta a los actores políticos y la protección de los derechos fundamentales.

Sin duda, las críticas a la teoría de Ackerman valen para la de Rawls. Este último parece tener confianza ciega en los momentos constitucionales, se cuestiona qué pasaría si se establece una religión oficial del Estado a través de una enmienda que cumpliera con el procedimiento del artículo V.²⁹⁷ ¿Podría considerarse válida?, ¿qué fundamentos tendría la Corte para no hacerlo? La respuesta de Rawls es que esta supuesta enmienda debería ser declarada contraria a la tradición democrática norteamericana, y por ese hecho, inválida.

9. La abstracción de las normas constitucionales

Para Robert Alexy, los derechos consagrados en la Constitución, y en concreto la cláusula de la igualdad, fueron redactados con un propósito determinado; por esto, el discurso relativo a derechos fundamentales no está ligado a las decisiones que se toman en el procedimiento de producción legislativa, pues está desvinculado de éste y se encuentra por encima de él. La parte más importante para la argumentación jurídica profesional es la ley, que es relativamente concreta y simple en la mayoría de los casos. La falta de vinculación a la ley provoca que las decisiones uti-

²⁹⁶ Para Prieto Sanchís, la suposición de que la Constitución es la voz del pueblo sería “una ficción necesaria si se desea mantener la fuerza normativa irresistible de la Constitución, esto es, si se quiere afinar algo así como que los poderes constituidos —que son los poderes de verdad— vienen obligados a su respeto; obligados en el sentido común del término, en el sentido de que un ciudadano se considera obligado a pagar sus impuestos”. Prieto Sanchís, Luis, “Constitución y parlamento”, *cit.*, p. 16. Esto sería la supremacía constitucional desmitificada de Kelsen, que desvincula el génesis de la Constitución democrática a la figura revolucionaria del “poder constituyente”. Kelsen, señala Fioravanti, se encargará con un “ojo despiadadamente realista” de señalar que la Constitución democrática es un resultado de un verdadero y auténtico proceso histórico en el que una gran cantidad de sujetos, de fuerzas sociales, de grupos de intereses buscan reglas comunes y adecuados puntos de equilibrio. Fioravanti, Mauricio, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, *cit.*, p. 156.

²⁹⁷ Ackerman se hace esta pregunta, en Ackerman, Bruce A., *We the People*, *cit.*, p. 319.

licen conceptos o definiciones de los derechos fundamentales que son muy abstractos, abiertos y cargados de ideología.²⁹⁸ No importa cuán abstracto sea el principio consagrado en la Constitución; siempre habrá opiniones divergentes acerca de éste. En los Estados Unidos la gente parece ponerse de acuerdo sólo en el nivel más alto de la abstracción: la igual protección es otorgar igual valor, dignidad y respeto a todos los individuos, sin consideración de raza u origen étnico. No obstante, no se ha puesto de acuerdo en cómo se traduce ese gran valor en los casos concretos: el valor de la igualdad se sigue construyendo.²⁹⁹

Si todos los derechos constitucionales los entendiéramos como derechos abstractos, podríamos encontrarnos en una inseguridad jurídica permanente. Konrad Hesse analiza el problema de la abstracción. Aunque no se refiere al caso de la Constitución de los Estados Unidos, su crítica bien vale para aquel país. Hesse es consciente de los peligros que pueden devenir de estas cláusulas abiertas, por lo que después de defenderlas señala que esta “amplitud e indeterminación de la Constitución, sin embargo, no supone su disolución en una absoluta dinámica en virtud de la cual la Constitución se viera incapacitada para encauzar la vida de la comunidad”.³⁰⁰ Si la Constitución no dice nada sobre la concepción de un

²⁹⁸ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Ariel, 1993, p. 532.

²⁹⁹ La idea de usar la abstracción en esta cruzada por la resistencia constitucional es usada también por Rosenfeld y anteriormente por Owen Fiss. Véase Rosenfeld, Michel, “Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional”, *Derechos y Libertades*, núm. 6, 1993, p. 70; *id.*, “Metro Broadcasting, Inc, vs. FCC: Affirmative Action at the Cross-roads of Constitutional Liberty and Equality”, *UCLA Law Review*, 38, 1990-1991, pp. 583-588; Fiss, Owen M., “Groups and the Equal Protection Clause”, *cit.*, pp. 107 y 109. Existe una versión traducida de la segunda parte de este artículo en Gargarella, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999 (seguiremos citando la versión en inglés de la primera parte del artículo). De la misma opinión Izzo, Alec Anthony, “The Jurisprudence of Affirmative Action: Equality in Abstraction and Application”, *St. Thomas Law Review*, vol. 4, 1992, p. 162, nota 8.

³⁰⁰ Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 18 y 19. Esto se relaciona con la preocupación de Kelsen. Para el profesor austriaco, los postulados que apelan a valores o a principios no pueden ser aplicados directamente y, a falta de un significado unívoco, tampoco pueden tomarse por criterios objetivos. Kelsen, señala Marian Ahumada, no niega la influencia de los postulados de este tipo en la creación de derecho, pero rechaza que sean susceptibles de aplicación. Kelsen, Hans, “La garanzia giurisdizionale della Costituzione (la giustizia costituzionale)”, *La giustizia costituzionale*, traducción de C. Geraci, Milán, Giuffrè, 1981, p. 188. Cfr. Ahumada Ruiz, Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, *cit.*, p. 268.

derecho, es como si no existiera.³⁰¹ Sólo podría salvarse la situación señalando sobre qué asuntos debe tener el juez autoridad.

Una de las ventajas indiscutibles de que la Constitución esté redactada en términos abstractos es que de esta forma serán menos necesarias las reformas a la misma; es decir, favorece la “resistencia constitucional”. Tomás y Valiente le dedica un ensayo a la resistencia constitucional; dicho ensayo es una apuesta para que la Constitución perdure. La resistencia, junto a la rigidez, servirían para solventar el conflicto entre la Constitución y la eventual voluntad de cambio de la misma. La resistencia sería la duración efectiva de la Constitución, entendiendo esa efectividad como capacidad de estructurar el ordenamiento jurídico, de reconocer y garantizar derechos fundamentales y de que el sistema de poderes del Estado y los derechos de los ciudadanos tengan vigencia efectiva, unida a la adaptabilidad a la dinámica política, para no dejar fuera a las expectativas políticas no frontalmente opuestas a ella, y a la capacidad para ser interpretada de forma flexible y cambiante, en función de los nuevos problemas.

En consecuencia, Tomás y Valiente formula la hipótesis de que una Constitución dotada de mecanismos acertados para hacerla resistente protege su supremacía y alcanza una vigencia efectiva y una duración prolongada, sin tener que pagar el precio de las reformas agravadas. En la segunda parte del texto analiza el papel que en ese aspecto cumplen los valores y principios de la Constitución Española. La seguridad jurídica total sólo es concebible para él, en un ordenamiento jurídico petrificado: “Si el ordenamiento debe dar respuesta a realidades cambiantes sin necesitar cambiar constantemente sus normas generales y últimas, necesita de intérpretes dotados de discrecionalidad”.³⁰²

De esta manera, la seguridad acerca de la Constitución ha de ser compatible con su capacidad para asimilar mutaciones por vía jurisdiccional:

El juez constitucional está vinculado por la seguridad jurídica pero tiene otras obligaciones: debe hacer servible la Constitución, proteger el poder constituyente objetivado en ella, lograr que dé respuesta a problemas no previstos, resolver ambigüedades y aparentes contradicciones acudiendo a una interpretación sistemática.³⁰³

³⁰¹ Prieto Sanchís, Luis, “Constitución y parlamento”, *cit*, p. 28.

³⁰² Tomás y Valiente, Francisco, “La resistencia constitucional y los valores”, *cit.*, p. 640.

³⁰³ *Ibidem*, p. 641.

Para esa tarea el juez constitucional debe valerse, según Tomás y Valiente, en primer lugar de los valores positivizados y jerarquizados en la Constitución Española, “que obligan al intérprete constitucional a incorporar a sus resoluciones lo que Dworkin denomina moralidad política”.³⁰⁴ Cree que una adecuada utilización de la jurisprudencia de principios y (especialmente) de valores (a pesar de la posible in-concreción de algunos de ellos) a través de “una interpretación constitucional que sea al mismo tiempo autorrestrictiva, congruente y creativa cuando sea necesario, puede extraer enormes virtualidades de esas cláusulas que pueden servir para moralizar el derecho y mantener viva y resistente la Constitución”.³⁰⁵

Vemos que en lo sustantivo la propuesta de Tomás y Valiente está en sintonía con la doctrina norteamericana. El profesor español señala que la Constitución debe dejar cabida a las “expectativas políticas no frontalmente opuestas a ella”. Esto no es sino la teoría de Thayer de deferencia a la labor legislativa. El profesor apuesta por una Constitución viva, cambiante. El encargado de esas nuevas interpretaciones posibles sería precisamente el juez; esta es la misma labor que debe ser otorgada al juez según la concepción de Dworkin. En el ensayo se reseñan algunas resoluciones del Tribunal Constitucional en que se plasmaría ese tipo de interpretación sugerida.

En España parece que se ha puesto en duda últimamente la viabilidad de un defensor de la constitucionalidad, tema que parecía haberse superado. Por ejemplo, Juan Carlos Bayón señala que “no hay razón para esperar que *sistemáticamente* las decisiones de la mayoría parlamentaria deban ser peores que la de los jueces constitucionales”. Aunque Bayón no descalifica del todo la labor de los jueces constitucionales en su propuesta de constitucionalismo débil, su labor sólo tendría cabida como “diálogo institucional que aumente la calidad deliberativa de los procesos de decisión”. Lo que propone es eliminar el poder vinculante de las decisiones del juez, amparándose en la idea de que si existen desacuerdos razonables, el juez no puede más que señalar las “razones o puntos de vista que la mayoría no ha sabido tomar en cuenta”, así como contradicciones y puntos de vista débiles en las decisiones tomadas.³⁰⁶

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 642.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 644.

³⁰⁶ Bayón Mohino, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, *cit.*, pp. 73 y 74.

Juan Carlos Bayón considera que no hay por qué esperar del procedimiento democrático un menor valor instrumental. Su superioridad desde el punto de vista de su valor intrínseco debe decantar la balanza a favor de soluciones que den la última palabra a la mayoría parlamentaria ordinaria. La solución de Laporta es algo menos radical: sugiere que la objeción democrática representa un reajuste de competencias para el legislador del presente.

Para él, simplemente hay “aspectos de la vida” que deben ser materia de discusión, y no “hurtarse a la voluntad de la mayoría”. Laporta, siguiendo a Elster, es consciente de la ficción de los momentos constitucionales, aunque nos señala la conveniencia de contar con ciertos derechos fundamentales protegidos por la rigidez constitucional, y deja abierta la posibilidad de que estos derechos sean modificables mediante métodos democráticos.³⁰⁷ Laporta, aunque defiende la rigidez constitucional como mecanismo de estabilidad, acaba por admitir la importancia de la existencia de un “haz de derechos individuales, basados en una concepción sustantiva, no procedimental, de esos derechos”.³⁰⁸ Entendemos que Laporta considera que los derechos sustantivos son importantes como un requisito: los ciudadanos deben gozar de ellos para que después se ponga en marcha el procedimiento democrático.³⁰⁹

La rigidez constitucional parece una herramienta correcta para lograr estabilidad: es mejor tener establecidas las reglas del juego y que éstas estén protegidas para que la mayoría parlamentaria de cada momento no pueda cambiarlas, ya que podría esperarse que lo haga a su conveniencia. Sin embargo, en materia de derechos fundamentales, la rigidez constitucional puede parecer excesiva si las mayorías parlamentarias actuales consideran que determinada medida tomada en el pasado es errónea, “¿por qué debe obstaculizarse su modificación?”.³¹⁰ Ésta es la pregunta que se hace el profesor Ferreres en su artículo “Una defensa de la rigidez constitucional”. El ensayo de Ferreres es un panegírico a la rigidez constitucional, aunque advierte que dicha rigidez puede ocasionar que la mayoría actual no considere “correcto” alguno de los derechos registrados en la Constitución. La solución que da Ferreres es muy simple: apelar a

³⁰⁷ Laporta, Francisco J., “El ámbito de la Constitución”, *cit.*, p. 479.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 480.

³⁰⁹ Esta es una de las tesis que ha sostenido Rawls en toda su obra.

³¹⁰ Ferreres Comella, Víctor, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *cit.*, p. 29.

la abstracción. “El empleo de términos relativamente abstractos (no específicos) a la hora de enunciar los derechos, y la admisión de excepciones implícitas al ejercicio de los mismos, en función de otros derechos y bienes que hay que ponderar”.³¹¹

Rawls está de acuerdo en las bondades de una Constitución abstracta: es necesario que la expresión de principios de la ley suprema goce de un apoyo muy amplio, y por esta u otras razones lo mejor es no cargarla con demasiados detalles y calificaciones.³¹² Para Ferreres, Ackerman recurre

³¹¹ *Ibidem*, p. 33. Ferreres se fundamenta en las ideas de Konrad Hesse, así como en las de Tomás y Valiente y en las de Cardozo. Recordemos que en *La naturaleza de la función judicial*, Cardozo se cuestiona la permanencia de los principios que en un momento nos parecieron justos. Sobre esta premisa se basa todo su trabajo. Para Cardozo, el contenido de los derechos constitucionales no es constante, varía de época a época. La diferencia esencial entre las leyes ordinarias y las normas constitucionales es que las primeras están hechas para “satisfacer las exigencias fugitivas de la hora”. La Constitución, para Cardozo, debe contar con un “poder de adaptación”, que sólo se logra sin descender a los “detalles y particularidades”. Cardozo, Benjamín, *La naturaleza de la función judicial*, cit., pp. 63 y 64. No está de más señalar que para Cardozo, cuando esos principios que se consideraban acordes con el texto constitucional parecen caducos, es el juez, y no el legislador, el que tiene la potestad de cambiarlos. El profesor cita las palabras del juez Wheeler en la sentencia *Owy vs. Connecticut*: “sirve mejor al derecho el tribunal que reconoce que las normas jurídicas que crecieron en una generación remota pueden, ante la experiencia más completa, resultar sirviendo mal a otra generación; y el que descarta la vieja regla cuando encuentra que otra regla de derecho representa lo que debe ser de acuerdo con el juicio de la sociedad, establecido y fijado, y que no es importante el número de derechos de propiedad que se han creado sobre la base de la vieja regla. Es así como grandes tratadistas que han estudiado el common law han descubierto la fuente y el método de su crecimiento, y como este último ha encontrado su salud y su vida. El mismo no es ni debe ser invariable. Los cambios de este carácter no deben ser dejados al legislador”. Citado en *ibidem*, p. 123.

³¹² Rawls, John, *El liberalismo político*, cit., p. 267. Parece que el principio de abstracción es una norma constitucional esencial en la doctrina liberal de Rawls. No es el momento de adentrarnos en su teoría sobre el liberalismo político, pero no está de más señalar el valor de la abstracción en su filosofía política. Para él, la estructura básica de la sociedad está regulada por una concepción política de la justicia; esa concepción política es el foco de un consenso entrecruzado entre doctrinas comprehensivas razonables. Por esto, cuando están en pugna cuestiones constitucionales de justicia y cuestiones de justicia básica la discusión se realiza en los términos de la concepción de la política de la justicia. Y la forma de solucionar estos conflictos es abstraerse: “cuanto más profundo es el conflicto, mayor es el grado de abstracción que hay que alcanzar para llegar clara y distinta de sus raíces”. *Ibidem*, pp. 73-77. Como vemos, la abstracción de Rawls se perfila como mecanismo para resolver conflictos políticos, y no como técnica de resistencia constitucional. Podemos ver aquí la diferencia en la idea sostenida por Ferreres respecto a la de Rawls. El primero trata de evitar el riesgo potencial de “deslegitimación”, ya que el contenido específico de los derechos puede variar a lo largo del tiempo. En cambio,

a la abstracción cuando se cuestiona la legitimidad de las normas constitucionales excluyentes de ciertas minorías (negros y mujeres) sea vinculante para la sociedad actual: esa generación “suministró un lenguaje y unas instituciones constitucionales a través de los cuales generaciones posteriores de negros y mujeres han logrado plena ciudadanía”.³¹³

10. *La última palabra sobre las affirmative actions*

Después de repasar en términos generales las formas de superar el problema contramayoritario, la postura de Ely parece la más congruente. Sin embargo, descubrimos las amenazas que representa la sola confianza en los procedimientos. Ely no pudo demostrar que los derechos sustantivos en la Constitución sean escasos, así como que las cuestiones sustantivas sean más controvertidas que las referentes a los procedimientos políticos. Aunque el derecho procedural de Ely niegue la evidencia histórica (en definitiva la Constitución norteamericana fue construida tomando en cuenta derechos sustantivos), en cierto sentido su teoría es eficaz: si no podemos ponernos de acuerdo en qué derechos debemos proteger, lo que sí podemos hacer es cuidar a los grupos más vulnerables. De ahí que Ely propusiera un sistema de presunciones. Estas presunciones establecen *a priori* soluciones que nos ayuden a deshacer el nudo gordiano.

El problema puede ser planteado así: si las normas constitucionales son entendidas como fórmulas abstractas, éstas carecen de contenido real, es decir, no existen verdaderas reglas atemporales. La igualdad tendrá el sentido que en un tiempo y lugar concreto se les otorgue. Una concepción de la igualdad abstracta dará al legislador más libertad a la hora de legislar, con seguridad habrá desacuerdos, personas razonables no quedarán conformes con la concepción de la igualdad establecida por la mayoría. No tardará en que dos concepciones de la igualdad se enfrenten en los tribunales. Y es que por más abstractas que sean las normas, en un

entendemos que la finalidad de la abstracción en el *Liberalismo político* es buscar en puntos de acuerdo. Ferreres Comella, Víctor, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *cit.*, p. 29. Ésta parece ser en esencia la tesis contenida en: Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil...*, *cit.*, p. 33.

³¹³ Citado en *ibidem*, p. 35, nota 15. Ackerman, Bruce A., *We the People*, *cit.*, p. 316. Ackerman se ocupa de esto con más detenimiento en “Levels of Generality in Constitutional Interpretation. Liberating Abstraction”, *University of Chicago Law Review*, 59, 1992, pp. 317-348.

caso real la concepción de la igualdad deberá concretarse: ¿prevalecerá la norma y su concepción implícita de la igualdad o deberá resolverse conforme a la opinión de aquel que demanda la inconstitucionalidad de la norma? Aquí regresamos a la pregunta básica: ¿quién debe dotar a la norma constitucional de contenido?

Si pensamos que es el legislador el que debe hacerlo, el juez podría restringirse y analizar con deferencia la labor legislativa; si pensamos que es el juez el que debe establecer las concepciones de los principios constitucionales abstractos, podría judicializarse la vida pública. Ambos casos aca-rranean peligros: la constante lucha de las facciones en el Legislativo pone en riesgo los derechos de ciertas minorías, las normas pueden estar moti-vas por prejuicios o animadversiones. Judicializar la vida pública sería po-ner en manos de unos pocos el destino de todos.

Una laxa actitud del juez ante las posibles inconstitucionalidades de las normas amparada en el principio de deferencia al legislador no ha de-jado buenos recuerdos en el constitucionalismo. Paradójicamente, la acti-tud contraria no carece de detractores. Se puede dar el caso en el que pa-rezca que el juez esté creando una nueva concepción de un derecho con-stitucional; sin embargo, en realidad sólo estará usando un principio más general inmerso en el principio de construcción judicial.

El juez no goza entonces de total discreción a la hora de juzgar si una norma es o no constitucional. Además, del ya señalado principio de de-ferencia al legislador, el juez está guiado por sus propios precedentes que, aunque no son vinculantes para el caso del máximo tribunal, el principio de consistencia en los fallos suele pesar en las decisiones.

Por lo que se refiere a los precedentes, podemos decir que, aunque en el caso del juez constitucional éstos no son vinculantes, el juez, en el ca-so de la igualdad, parece pensárselo mucho antes de cambiar de criterio. Si nos olvidamos por un momento quién es, según los principios demo-cráticos o mayoritaristas, el que debe defender el texto constitucional, ol-vidándonos también de la legitimad de ese órgano, podríamos, sin prejuici-los, detenernos a meditar quién, por sus cualidades epistémicas, debe ser el intérprete máximo de la Constitución. ¿Cuál es el valor proce-dimental de la técnica interpretativa utilizada por una corte suprema o por un tribunal constitucional?

Las ideas abstractas de los derechos individuales como el derecho a la libertad o la igualdad no parece que sirvan para decidir sobre casos difi-ciles. Incluso si ha tenido ocasión de conocer algún caso del que se des-

prenda un principio que parece correcto. Supongamos, por ejemplo, que la Corte, inmersa en la tesisura de unos conceptos abstractos, ha tenido ocasión de definir en sus precedentes el principio de igualdad: existe ya una concepción de ellos; es más, el propio juez ha establecido una regla general como esta: una interpretación correcta de la cláusula de igualdad consiste en la prohibición de la discriminación; sin embargo, ante un nuevo caso el juez considera que existen diferencias entre éste y aquél que llevó al juez a formular aquél principio general: ¿qué debe hacer el juez?³¹⁴

En el caso concreto del principio de igualdad, pese a ser interpretado tradicionalmente como prohibición de la discriminación, si lo aplicamos como criterio universal no daría al juez muchas opciones: la discriminación está proscrita sin excepciones. No obstante, podríamos argumentar que el principio de no discriminación no es absoluto, y que pierde validez cuando las consecuencias de llevarlo a sus extremos lógicos son muy graves. Ante esto tenemos dos opciones: sostener que el principio de no discriminación no fue establecido en términos absolutos. En realidad, esto no parece del todo cierto, ya que aquellos jueces que conceptualizaron este principio podrían haber creído que no había lugar a antinomias; sin embargo, ante nuevas realidades parece que nunca debió de sostenerse un principio antidiscriminatorio tan rotundo. Esta opción acarrearía el problema de establecer casuísticamente las salvedades a la regla general. La otra opción sería establecer una nueva concepción sobre la igualdad: igualdad entendida como prohibición de la subordinación. Ésta es la opción que hemos escogido en este trabajo.

³¹⁴ Este es uno de los planteamientos de Dworkin, y lo que él llama los “casos difíciles”. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, cit., pp. 146-208; Gargarella, Roberto, “Las dificultades de defender el control judicial de las leyes”, cit.; Bhagwat, Ashutosh, “Hard Cases and the (D) Evolution of Constitutional Doctrine”, *Conn. Law Review*, vol. 30, 1997-1998, pp. 961-1017.