

JUDICIAL REVIEW GLOBAL*

Martin SHAPIRO**

SUMARIO: I. *División capital de los poderes*. II. *Federalismo*. III. *Derechos individuales*. IV. *Medios mínimos* (least means). V. *Razonabilidad*.

Hoy en día las Constituciones escritas son para los Estados-nación un atributo casi tan universal como las banderas y se les encuentra incluso en algunas entidades transnacionales como la Unión Europea. Los estudios relativos a la comparación de leyes constitucionales se dedican a comparar una previsión específica de una Constitución nacional, así como su interpretación e implementación respecto de otra. Existen, sin embargo, ciertos modelos de pensamiento o análisis constitucional que son universales, o al menos ampliamente utilizados por las cortes constitucionales que tradicionalmente utilizan Constituciones escritas. En este sentido, existen procedimientos intelectuales globales y unificados para tratar cuestiones constitucionales, entre la variedad de textos constitucionales y sus interpretaciones judiciales.

Es común señalar que las Constituciones crean a las instituciones gubernamentales y a la vez las limiten. Una forma de limitación es la división de poderes o funciones entre un número de instituciones constituidas de esta manera. Otra es la proclamación de los derechos individuales, de tal suerte que los órganos públicos deben respetarlos. La división

* Traducción del inglés por Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM). Si bien la expresión *judicial review* suele ser traducida como control de constitucionalidad, en estricto sentido carece de traducción. Es por ello que preferimos utilizar a lo largo del texto su expresión original, debido también a que su significación es ampliamente conocida.

** Profesor de la Universidad de California, Berkeley.

constitucional de los poderes establece límites entre diversos órganos del gobierno central y en algunas constituciones, los límites entre los gobiernos centrales y los gobiernos locales. Nuestra pretensión se limita al estudio del análisis judicial emprendido por las cortes constitucionales de esas limitantes impuestas al gobierno, omitiendo referirnos a las previsiones constitucionales que los poderes del gobierno están centralizados en vez de separados, aquéllos en los que los derechos individuales no se consideran como constitucionales o no se prevén como base de impugnación para una *constitucional judicial review*.

Nuestro planteamiento consiste en que las decisiones judiciales relacionadas con las limitaciones constitucionales impuestas a los gobiernos se basan, en última instancia, de manera fundamental en la ponderación, en medios mínimos de análisis o, en otras palabras, en un análisis de razonabilidad. Esta reivindicación no es el análisis débil que algunas veces emplean los jueces, no obstante que dicho análisis siempre se encuentra presente en cierto grado. Más bien es la fuerte reivindicación de que dicho análisis es siempre decisivo para la decisión judicial (en algunos países, algunas veces por supuesto, los juicios constitucionales son dictados por poderes no judiciales o por jueces que comparten esa cuestión. Mi idea de reivindicación no aplica para dichas situaciones).

Esta reivindicación podrá probarse de forma empírica en un nivel puramente verbal al consultar las opiniones jurídicas para el lenguaje de la ponderación, medios mínimos o razonabilidad, o sus equivalentes en varios idiomas de diversos sistemas jurídicos. Por ejemplo, muchas cortes utilizan la expresión de proporcionalidad como equivalente de lo que he denominado ponderación. En un nivel de profundidad, uno puede demostrar que no importan las expresiones empleadas, de hecho cuando niegan la ponderación explícitamente, e invocan límites supuestamente absolutos sobre algún poder gubernamental, las decisiones jurídicas constitucionales específicas deberán haberse ya racionalizado, o podrán racionalizarse solamente si se basaron en la ponderación mental o de procedimientos o modos del pensamiento.

Esta labor empírica es necesaria en el largo plazo para probar adecuadamente mi hipótesis. Como asunto preliminar, sin embargo, intentaré mostrar que dichos procedimientos son lógicamente endémicos a todos los razonamientos judiciales sobre limitaciones constitucionales. Iniciaré abordando brevemente problemas de división de poderes, pero concentrándome en los derechos individuales.

I. DIVISIÓN CAPITAL DE LOS PODERES

La división de poderes en la capital típicamente involucra algún tipo de separación entre el Legislativo y el ejecutivo, o entre el Legislativo, el primer ministro y el presidente. Permítanme iniciar con las divisiones entre el Legislativo y el Ejecutivo en sistemas presidenciales. En dichos sistemas, los poderes Ejecutivo y Legislativo se traslapan; sin importar qué tan formalmente divididos estén, en la realidad se traslapan. Las incertidumbres constitucionales actuales en los Estados Unidos sobre el comandante en jefe del Ejecutivo contra los poderes de declaración de guerra y apropiación del Congreso son un ejemplo vívido. Las interpretaciones excepcionales y controversiales de los poderes presidenciales, y especialmente de los poderes de estado de emergencia, han sido frecuentes en Latinoamérica. El argumento de que aquel que sea responsable de la seguridad nacional contra amenazas externas o internas deberá contar con los poderes para llevar a cabo dichas responsabilidades exitosamente, es muy convincente y tiene el potencial para superar todas las limitantes constitucionales impuestas a los poderes de los presidentes, quienes con frecuencia se ven demasiado ansiosos de declarar estados de emergencia. En dichas circunstancias, la interrogante aun para las cortes constitucionales más independientes, es si finalmente las dimensiones y grado de la supuesta emergencia, de hecho, justifican las acciones presidenciales no autorizadas por el Poder Legislativo. ¿Acaso tiene el presidente razones suficientemente válidas para ir más allá de los límites normales de sus poderes en tiempo de paz?

Aun fuera de situaciones de supuestas emergencias, los poderes presidenciales para administrar necesariamente se traslapan con los poderes legislativos para prescribir, por medio de reglamentos, la estructura y funciones de las agencias ejecutivas, y la asignación (o no asignación) de fondos para su operación. Si es que los presidentes pueden o no prohibir los gastos de fondos asignados por parte de las agencias que dependen del Ejecutivo, es una de las múltiples interrogantes relacionadas con los límites entre el legislativo y el ejecutivo que rara vez son dirimidas por un texto constitucional.

Las incertidumbres constitucionales también surgen cuando la Constitución crea explícitamente una situación de poder compartido, por ejemplo, cuando el poder de veto da al ejecutivo el Poder de legislar, o las previsiones de consejo y consentimiento dan un poco de poder ejecutivo

al legislativo. Sin importar qué tan absolutista sea el lenguaje empleado por los jueces, o qué tanta claridad textual adjudiquen éstos a las divisiones constitucionales, dichas cuestiones realmente pueden decidirse solamente al establecer una ponderación entre los poderes Ejecutivo y Legislativo, o decidir si el poder expansionista tiene o no razones suficientemente válidas para esa expansión.

Dado que las funciones ejecutivas y legislativas se traslapan necesariamente, y dado que las condiciones cambiantes del mundo real requieren de reacciones gubernamentales cambiantes, cuando surjan conflictos reales entre la autoridad presidencial y la autoridad legislativa, las cortes constitucionales deberán renovar necesariamente las ponderaciones entre dichas autoridades, inicialmente creadas en términos generales por los artífices de la Constitución. Típicamente, las afirmaciones expansionistas del Poder Ejecutivo se basan en reivindicaciones de circunstancias exigentes que requieren de reacciones del gobierno más rápidas y también más aceleradamente cambiantes de lo que las legislaturas pueden manejarlas. Las cortes constitucionales estarán mucho menos preocupadas por los textos constitucionales que por ponderar la gravedad de las amenazas y la necesidad de reacción rápida hacia ellas, contra una invasión potencial a la autoridad legislativa.

Los sistemas cuasi presidenciales en los cuales la Constitución asigna al presidente algo de poder para legislar de forma independiente, así como poder al parlamento y al primer ministro, crean deliberadamente la necesidad endémica para ponderar jurídicamente la autoridad presidencial con la autoridad parlamentaria. Por lo tanto, aun frente a su antipatía histórica contra la *judicial review*, Francia estableció una corte constitucional con poderes de revisión para ponderar los poderes legislativos parlamentarios con los poderes legislativos presidenciales cuando se promulgó una Constitución cuasi presidencial. Dicha *judicial review* puede expresarse como la vigilancia de los límites de competencias entre dos autoridades con capacidades legislativas. De hecho, muchas actividades del gobierno se traslapan, así que traslapan límites establecidos constitucionalmente que no son de suficiente preocupación para las cortes constitucionales, por ser límites estáticos, como lo es mantener algo de ponderación de poder entre dos ramas que permiten una reacción gubernamental efectiva ante circunstancias complejas y

cambiantes, como la tensión continua entre el presidente y la legislatura que la Constitución busca establecer.

II. FEDERALISMO

La ponderación constitucional es aún más evidente en la *judicial review* sobre asuntos de federalismo. En el campo de la lógica legal abstracta, los federalismos son un absurdo, pues aseguran que dos soberanos reinen sobre la misma persona o lugar. Tradicionalmente, las Constituciones federales y sus intérpretes buscan disfrazar el absurdo estableciendo un federalismo de “dos cajas” en el cual todas las actividades humanas se ubican en alguna de las dos, y una caja se asigna a cada soberano. Por esta razón, en federalismos capitalistas, como en los Estados Unidos y la Unión Europea, la empresa económica puramente local va a la caja de los estados miembros, y el comercio entre estados va a la del gobierno central. La defensa se podrá asignar al gobierno central y los asuntos culturales como la educación, a los gobiernos de los estados.

Invariablemente, sin embargo, muchas actividades reales del sector público y privado se traslapan a ambas cajas. Las actividades regulatorias del Estado intencionalmente dirigidas a proteger la salud o seguridad pública necesariamente afectarán las actividades económicas del estado, siempre que un negocio particular opere en más de un estado. Intencional o accidentalmente, dicha regulación del Estado algunas veces involucra dar ventajas a la economía de un estado que regula sobre las economías de otros estados. En cambio, la regulación gubernamental central de negocios que opera dentro de los límites federales, necesariamente se basa en intereses regulatorios del Estado. Es difícil en cualquier Estado moderno establecer un límite viable y definido entre las actividades nacionales y las puramente económicas. Las empresas económicas simplemente no pueden clasificarse en dos cajas.

Lo mismo puede decirse de las actividades culturales. La Constitución asigna la educación a los estados miembros. La educación superior contemporánea, sin embargo, está totalmente enredada con la investigación científica y tecnológica. La educación superior orientada a la investigación es tan especializada y costosa que en muchos países se concentra en una sola universidad. Esta universidad constitucionalmente puede pertenecer a un solo estado miembro, pero el financiamiento de la investiga-

ción que le da esa distinción podría ser nacional, tanto porque la investigación es una preocupación nacional, como porque su financiamiento se encuentra más allá de la capacidad financiera del estado propietario.

Sin importar la retórica jurídica utilizada, la *judicial review* en casos de federalismo casi invariablemente se limita a cuestiones de si los intereses perseguidos por un gobierno local o central específico son suficientes para justificar la invasión incidental de la otra soberanía. ¿Justifica el interés nacional de detener la caída de los precios de los granos durante una depresión económica la regulación de los productores que alimentan a su ganado con el grano que ellos mismos siembran, y que la leche de dicho ganado sea consumida en el estado miembro en que se produce?, ¿puede un estado miembro establecer un salario mínimo superior al salario mínimo nacional y, en ese caso, cuál salario aplica para trabajadores en una fábrica estatal cuyos productos se venden fuera del estado?, ¿es una ley de salud y seguridad de un estado miembro que requiera que la cerveza consumida dentro del estado contenga no más de 6% de alcohol, una invasión inconstitucional a los poderes de comercio nacional cuando se utiliza para prohibir la venta de cerveza con 8% de alcohol producida en otro estado, dentro del primero? Dichas cuestiones pueden dirimirse solamente ponderando los intereses de los gobiernos central y local, dado que ambos intereses son legítimos y caen dentro de sus cajas especificadas constitucionalmente.

III. DERECHOS INDIVIDUALES

La utilización de la ponderación de medios mínimos como técnica fundamental de la *judicial review* constitucional se demuestra más fácilmente sin el análisis detallado, para el cual no existe espacio en este ensayo, en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales. Muchos casos de derechos involucran enfrentamientos de dos derechos protegidos por la Constitución. La libertad de expresión contra la privacidad es el *quid* de constitucionalidad de la ley de difamación. Las reclamaciones de acción afirmativa o positiva se basan en que los derechos de la mayoría no sean discriminados a favor de los derechos de los individuos de una minoría, quienes por sí mismos reclaman un tratamiento favorable ahora para compensar la violación a sus derechos contra la discriminación. El debido procedimiento criminal se considera cada vez

más como una cuestión de los derechos de los acusados contra los derechos de las víctimas al igual que como los derechos de los acusados contra los del estado. Los derechos de asociación o de organización política de los individuos que buscan formar grupos de odio se oponen a los derechos de aquéllos a los que odian. Los derechos de los trabajadores, consumidores, etcétera, podrían utilizarse contra los derechos de propiedad privada en estados cuyas Constituciones proclaman derechos positivos de vivienda, subsistencia y otros. Si dos derechos protegidos por la Constitución entran en conflicto, no existe otra opción más que ponderar.

En otras instancias, los derechos fundamentales y los intereses legítimos del estado se encuentran en conflicto potencial. Las leyes prohíben la publicación de planes o acciones militares en tiempo de guerra, la incitación a la sedición, contribuir con dinero a campañas políticas, defender el derrocamiento del gobierno por medio de la fuerza, la publicidad fraudulenta o la obscenidad; todo esto enfrenta a los derechos de libertad de expresión contra importantes intereses del Estado. El interés del gobierno en la procuración exitosa de justicia a los criminales deberá considerarse en relación con los derechos de los acusados. Los derechos de propiedad contra los intereses del gobierno en mantener una economía sana han sido un problema constitucional histórico.

En el análisis último, ningún derecho constitucional es absoluto. Siempre surgirán instancias en las cuales cualquier derecho, sin importar cuán sagrado sea, podrá invadirse justificablemente debido a otro derecho fundamental o interés público más preocupante. Dado que los derechos nunca son absolutos, la *judicial review* de los derechos constitucionales siempre involucra la interrogante de si el gobierno tiene o no una razón suficientemente válida para violar un derecho o, en otras palabras, si es que algún otro derecho o interés estaba en un riesgo suficientemente alto como para justificar la invasión contendida de otro derecho.

IV. MEDIOS MÍNIMOS (*LEAST MEANS*)

Hasta ahora he hablado sobre la ponderación de *medios mínimos* (*least means*) sin una explicación de lo que son. El significado de *medios mínimos* y su relación con la ponderación se muestra más fácilmente dentro del contexto de los derechos, aunque *medios mínimos* también operan en la división de poderes.

Cuando dos derechos fundamentales entran en conflicto, como por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión contra el derecho a la reputación, cuando se trata de un asunto de la constitucionalidad de las leyes de difamación, ambos derechos son reconocidos como de gran valor. La violación de uno en defensa del otro podría ser inevitable. Dado que ambos son de valor, sin embargo, sucede que si la libertad de expresión es favorecida en la ponderación por encima del derecho a la reputación, entonces ésta deberá protegerse al costo mínimo posible del derecho de reputación. En otras palabras, en dos formas diferentes: al proteger el derecho o interés o poder más pesado, el gobierno deberá adoptar los medios menos dañinos al derecho o interés considerado como de menor peso; el gobierno no deberá adoptar una medida que invada desproporcionadamente un derecho o interés con la finalidad de proteger o fomentar otro. La lógica de que cuando dos derechos, intereses o poderes son de valor constitucional, uno deberá fomentarse al costo mínimo para el otro, se encontrará en las argumentaciones constitucionales en todas partes.

De hecho, aseveraría que todos los casos de derechos constitucionales necesariamente involucrarán *ponderación* y, por lo tanto, *medios mínimos*. Para los derechos no surgirán problemas y no irán a un tribunal a menos que algún derecho se declare violentado. Y el gobierno necesariamente deberá argumentar ante una corte constitucional que cualquier invasión de derechos que sea percibida, debe estar justificada dentro de los términos de la acción contendida del gobierno, en busca de algún derecho o interés importante. De igual manera, el análisis de *medios mínimos* surgirá para cada Constitución que divide poderes, ya sea entre órganos centrales de gobierno o entre gobiernos centrales y locales, o ambos. En el mundo real, constantemente surgirán fenómenos que traslapan las divisiones. Los poderes de una entidad de gobierno deberán ponderarse contra los de otra. Ambos se reconocen como legítimos y protegidos por la Constitución. Entonces, los poderes de la entidad que no será favorecida en la ponderación de la situación específica deberán restringirse lo menos posible.

Pocos abogados constitucionalistas en cualquier parte se detendrán ante el argumento de que una acción gubernamental específica contendida simplemente no invade ningún derecho fundamental o división gubernamental de poderes. Los defensores de la acción gubernamental, casi inevitablemente, añadirán que aun si se da una invasión, se justifica en la

ponderación, en la búsqueda de algún derecho vital o interés público. El primer grupo argumentará que el gobierno empleó el medio menos invasivo posible para su finalidad de justificar, y el otro argumentará que no.

V. RAZONABILIDAD

El análisis de medios mínimos también puede expresarse jurídicamente como razonabilidad, o análisis para dar buenas razones. Si el gobierno no puede dar muy buenas razones por las cuales invade un derecho constitucional o división de poderes, entonces habrá actuado inconstitucionalmente. Las buenas razones podrían consistir en mostrar que un fin buscado es legítimo y suficientemente importante para justificar la invasión, y que se ha realizado una invasión tan pequeña como fue posible, de acuerdo con el logro del fin. La acción gubernamental justificada de esta forma sería razonable y, por lo tanto, constitucional.

Si todas o casi todas las decisiones de *judicial review* constitucionales finalmente recaen en el análisis de ponderación de medios mínimos, entonces la *judicial review* constitucional será altamente autolimitante, al menos para cortes que reconocen abiertamente lo que están haciendo. Existen dos dimensiones para esta autolimitación. Primero, los gobiernos son capaces de dar muy buenas razones para sus presuntas violaciones de límites constitucionales, particularmente cuando se invoca a la seguridad nacional. El mundo se está volviendo cada vez más tecnológicamente complejo. Los jueces son personas comunes sin conocimientos tecnológicos. Mientras más obvio se vuelve que en realidad no pueden comprender las razones tecnológicas justificantes que el gobierno ofrece, más difícil es para los jueces culpar persuasivamente a esas razones y ejercer legítimamente su poder constitucional de veto. Las nuevas técnicas para “minería de datos” en telecomunicaciones, por ejemplo, combinan técnicas electrónicas, de estadística y de rompimiento de códigos muy diferentes al antiguo agente de policía que escuchaba en una ventana abierta, o colocaba un micrófono a través de la pared. Los jueces difícilmente pueden alegar que comprenden lo que el gobierno está haciendo, o que puedan concebir qué técnicas alternativas serían igualmente efectivas contra el terrorismo, pero menos invasivas. A menos que sean capaces de realizar dichas aseveraciones, difícilmente se encuentran en una posición para hacer respetar los requerimientos de las garantías constitucionales y

los derechos de privacidad contra el caso razonado del gobierno para emplear dichas técnicas antiterroristas.

La segunda dimensión de límites autoimpuestos de *judicial review* constitucional hace surgir a la muy jurídica y lógica de ponderación de los medios mínimos mismos. Si el gobierno debe elegir los medios para lograr su fin legítimo como los medios menos invasivos al derecho constitucional, en la ponderación buscará ignorarlos justificadamente, luego las cortes constitucionales deberán ilustrar todos los medios alternativos que el gobierno podría haber empleado. Las cortes deben hacer esto con el fin de determinar si es que algún medio diferente de los empleados por el gobierno pudiera ser suficientemente efectivo para lograr la meta del gobierno con una invasión menor de los derechos fundamentales. Idear e ilustrar diversos métodos para lograr un fin es, sin embargo, precisamente lo que se supone que las legislaturas deben hacer. El ejercicio jurídico abierto de la *ponderación de medios mínimos* divulga dramáticamente la naturaleza esencial legislativa de la *judicial review* constitucional. Los jueces que rechazan una ley, esencialmente están diciendo al legislador que:

Hemos considerado el mismo conjunto de propuestas de alternativas legales con las que ustedes cuentan. Elegimos una diferente a la de ustedes porque creemos que nuestra opción funciona tan bien como la de ustedes, pero con menos perjuicio a los derechos constitucionales o las limitaciones de la división de poderes sobre el gobierno. Por lo tanto, su alternativa es inconstitucional. Vetamos la suya y les sugerimos que adopten la nuestra en el futuro.

Una corte de ponderación de medios mínimos invita a intereses bien organizados y de altos recursos, a emplear defensores que presenten alternativas legales atractivas a los jueces. Por esta razón, el cabildeo de la legislatura y del litigio constitucional se considera como un empleo sucesivo o alternativo del mismo discurso. Las cortes solamente pueden exponer los aspectos legislativos de la *judicial review* constitucional en pocas ocasiones antes de que se les acuse de ser super legislaturas en vez de cortes.

La reivindicación académica de que las políticas se han vuelto más “judicializadas”, particularmente a través de la extensión de la institución de *judicial review* constitucional, probablemente deberían aceptarse con

cautela, aunque el fenómeno es indudablemente menos “general” de lo que se le considera algunas veces. Más aún, cuando la *judicial review* constitucional ha entrado en acción, su carácter fundamental de ponderación de razonabilidad o su análisis de ponderación de medios mínimos le da una característica autolimitante por encima y más allá de las limitaciones impuestas en las cortes por su falta de propósito o fuerza. Las cortes constitucionales muestran su función esencialmente legislativa cada vez que vetan leyes promulgadas por las legislaturas. No pueden hacerlo muy frecuentemente si desean conservar la legitimidad obtenida de su estatus percibido como cortes.