

**ESTADO ACTUAL DEL DEBATE
SOBRE EL CONTROL JUDICIAL
DE CONSTITUCIONALIDAD
EN LOS ESTADOS UNIDOS**

*Exposición del Dr. Manuel José García-Mansilla
en el Instituto de Política Constitucional de la
Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas,
el 20 de agosto de 2008*

ESTADO ACTUAL DEL DEBATE SOBRE EL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LOS ESTADOS UNIDOS

Por el DR. MANUEL JOSÉ GARCÍA-MANSILLA*

Sumario

Introducción

- I. Origen y desarrollo de las discusiones acerca de la legitimidad del *judicial review*.
- II. Las críticas más recientes.
 1. El “popular constitutionalism”: a) La postura de Tushnet. b) La crítica de Kramer. c) Sanford Levinson.
 2. Las críticas al “popular constitutionalism”:
 - a) Alexander y Solum. b) Chemerinsky. c) Tribe.
 3. El debate Waldron - Fallon.
 - a) La crítica de Waldron. b) La respuesta de Fallon.

Conclusión

* Abogado, Universidad del Salvador (1996). Master of Laws (LL.M.), Georgetown University Law Center, Washington D.C. (2001). Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, del Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y miembro individual de la International Association of Constitutional Law. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Austral.

Agradezco a los Dres. José Sebastián Elías, Ignacio Pérez Cortes, Ricardo Ramírez Calvo y Alfonso Santiago (h) por sus comentarios y sugerencias y al Dr. Fernando Barrancos y Vedia por su constante apoyo. Los errores que pueda tener este trabajo son de mi exclusiva responsabilidad.

Introducción

El *judicial review* o el control judicial de constitucionalidad de actos emanados de los poderes políticos, ha sido uno de los institutos más debatidos y cuestionados del sistema constitucional de los Estados Unidos¹. La reacción académica frente a fallos tales como “*Lochner v. New York*”², “*Brown v. Board of Education*”³ o “*Roe v. Wade*”⁴, disparó la publicación de numerosos estudios críticos respecto del *judicial review* durante distintos momentos del siglo pasado. El repaso de esas publicaciones permite encontrar los más diversos argumentos en defensa o rechazo del instituto en cuestión. Para fines de la década de 1980, la profundidad y extensión de esas publicaciones era tal que el debate parecía terminado; poco o nada quedaba ya por decir al respecto. Sin embargo, la controversia ha renacido con inusitada fuerza en el comienzo de este nuevo siglo: junto con la polémica respecto a los diversos métodos de interpretación constitucional, la validez o no del *judicial review* es actualmente una de las cuestiones constitucionales que más se discuten en el ámbito académico norteamericano. A tal punto llega el nivel de esta discusión, que se ha dicho que constituye la obsesión central de la teoría constitucional moderna en los Estados Unidos⁵.

El renacimiento del debate es consecuencia de la reacción de muchos autores frente al giro ideológico que la Corte Suprema tuvo en los últimos veinticinco años, en especial a través de la designación de jueces conservadores durante los gobiernos de los

¹ Conf. Bilder, Mary Sarah, “Idea or Practice: A Brief Historiography of Judicial Review”, en *Journal of Policy History*, Tomo 20, Número 1, p. 6 (2008).

² 198 U.S. 45 (1905).

³ 347 U.S. 483 (1954).

⁴ 410 U.S. 113 (1973).

⁵ Friedman, Barry, “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy”, en *New York University Law Review*, Tomo 73, p. 334 (1998).

presidentes Reagan y Bush, padre e hijo. Muchos de los jueces de la denominada Corte Rehnquist⁶, fueron elegidos con el fin de frenar el activismo judicial que había comenzado con fuerza durante el período en que el *Chief Justice* Earl Warren lideró una suerte de revolución judicial de carácter progresista⁷. Sin embargo, la forma de frenar esa revolución fue, paradójicamente, con mayor activismo: la Corte Rehnquist es considerada como la más activista de la historia estadounidense⁸. Si consideramos que en sus primeros 200 años de vida la Corte declaró la inconstitucionalidad de 134 leyes federales y que en el período comprendido entre 1995 y 2003 hizo lo propio con 33 leyes federales⁹, se puede apreciar el nivel de activismo que exhibió la Corte estadounidense en los últimos años.

Si este accionar de la Corte Rehnquist generó preocupación en el sector académico de tinte progresista, el fallo “*Bush v. Gore*”¹⁰, probablemente uno de los más cuestionados en la historia de la Corte, constituyó una suerte de bisagra para ese sector, que puso a la Corte bajo una severa lupa crítica. Posteriormente, el bicentenario del fallo *Marbury v. Madison* en 2003 y el 50° aniversario de *Brown v. Board of Education* en 2004, dos de los fallos más

⁶ Así se denomina a la Corte liderada por el *Chief Justice* William Hubbs Rehnquist, desde el 26 de septiembre de 1986 hasta su muerte, ocurrida el 3 de septiembre de 2005. Rehnquist había sido previamente designado *Justice* de la Corte Suprema en 1971, durante la presidencia de Richard Nixon. Fue designado *Chief Justice* por el presidente Reagan, luego del retiro de Warren Burger.

⁷ Usaremos los términos “progresista” y “liberal” para referirnos a aquellos que en ámbitos académicos y judiciales norteamericanos sostienen la ideología denominada *progressivism*. En contraposición, usaremos el término “conservador” para referirnos a aquellos que sostienen la ideología denominada *conservationism*. Al respecto, ver Chemerinsky, Erwin, “Progressive and Conservative Constitutionalism as the United States Enters the 21st Century”, en *Law and Contemporary Problems*, Tomo 67, p. 53 (2004). Esto no implica sostener que los conservadores estén en contra del progreso o que sean antiliberales en sentido lockeano.

⁸ Graber, Mark A., “Foreword: From the Countermajoritarian Difficulty to Juristocracy and the Political Construction of Judicial Power”, en *Maryland Law Review*, Tomo 65, Número 1, p. 5 (2006).

⁹ Handelsman Shugerman, Jed, “A Six-Three Rule: Reviving Consensus and Deference on the Supreme Court”, en *Georgia Law Review*, Tomo 37, p. 893 (2003).

¹⁰ 531 U.S. 98 (2000).

importantes de la historia de los Estados Unidos, fueron la excusa para profundizar el debate académico sobre el *judicial review* y el rol de la Corte Suprema en el sistema constitucional estadounidense.

Como veremos más adelante, estas discusiones lejos están de constituir un fenómeno novedoso: el control judicial de constitucionalidad ha sido sometido a discusión y crítica desde diversos ángulos a partir del dictado mismo de la Constitución de Filadelfia en 1787. Sin embargo, en los últimos 50 años, el eje central del debate ha girado en torno a lo que Alexander Bickel denominara célebremente como la “dificultad contramayoritaria”¹¹: ¿por qué jueces que no son electos por el pueblo pueden invalidar lo actuado por el Congreso y el Presidente que, en cambio, son electos en forma democrática?

La necesidad de conciliar el sistema democrático con el ejercicio del *judicial review* llevó a muchos autores norteamericanos a sostener distintos tipos de teorías durante el Siglo XX. Pocas voces se alzaron abiertamente contra el *judicial review*. Sin embargo, a medida que fue incrementándose la frustración en los sectores progresistas por el rumbo que tomó la jurisprudencia de la Corte Suprema y por su marcado activismo, el foco de los trabajos académicos de los últimos diez años fue modificándose paulatinamente y ahora parece estar centrado en atacar decididamente este instituto clave del sistema constitucional estadounidense.

Toda vez que hemos importado desde los Estados Unidos los elementos determinantes de nuestro sistema constitucional¹²,

¹¹ Bickel afirma que “la raíz de la dificultad es que el judicial review es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema” (Bickel, Alexander M., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2ª ed., Yale University Press, New Haven, 1986, p. 16).

¹² A pesar de los intentos de cierta corriente doctrinaria que pretende disminuir el alcance de la influencia estadounidense en nuestra Constitución, no puede negarse que la Constitución de Estados Unidos de 1787 fue la fuente principal de inspiración de nuestro sistema constitucional y que de allí hemos tomado sus elementos determinantes. Junto con Ricardo Ramírez Calvo, hemos tratado esta cuestión en detalle en dos recientes libros: García-Mansilla, Manuel José y Ramírez

incluyendo el control judicial de constitucionalidad del accionar de los poderes políticos, resulta útil la consideración de esta polémica, ya que uno de los pilares sobre los que se asienta nuestro sistema de gobierno está siendo abiertamente cuestionado en su país de origen. La vehemencia de las críticas puede hacernos dudar acerca de las bondades de este instituto y plantearnos la necesidad de adoptar un modelo diferente. Sin embargo, luego de analizar la discusión y el contexto en que ésta se lleva a cabo, veremos que ella es producto de un particular momento político en la historia de los Estados Unidos y que lejos está de ser concluyente respecto de la validez del *judicial review*.

En este trabajo nos proponemos hacer un repaso general de este importante debate académico, para concentrarnos específicamente en la reciente discusión que autores, tales como Mark Tushnet, Larry Kramer, Lawrence Solum, Jeremy Waldron y Richard Fallon, Jr., entablaron en las páginas de las publicaciones más importantes de los Estados Unidos, incluyendo el *Yale Law Journal* y el *Harvard Law Review*.

En la primera parte de este trabajo, haremos un repaso general de los cuestionamientos que se hicieron al *judicial review* hasta la década de 1990. En la segunda parte, analizaremos el debate que se ha generado en los últimos años, haciendo especial hincapié en las posturas más importantes. Finalmente, en las conclusiones veremos que, aunque se trata de una polémica central en la teoría constitucional estadounidense, ella responde a las vicisitudes propias de un momento político particular y que la consideración y análisis de ese contexto es indispensable para aquellos que pretendan proyectar en nuestro país las posturas más extremas que se esgrimen en los Estados Unidos.

Calvo, Ricardo, *Las Fuentes de la Constitución Nacional. Los Principios Fundamentales del Derecho Público Argentino*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006 y en *La Constitución Nacional y la Obsesión Antinorteamericana*, Virtudes, Salta, 2008.

I

Origen y desarrollo de las discusiones acerca de la legitimidad del *judicial review*

Las objeciones al control judicial de constitucionalidad fueron constantes a lo largo de la historia estadounidense. Un repaso sumario de esos cuestionamientos resulta ilustrativo, ya que nos permite apreciar cómo muchas de las críticas actuales son, en realidad, reedición de viejos planteos ya formulados. Además, la revisión de estas objeciones sirve para poner en un contexto general las críticas más recientes.

Los cuestionamientos al *judicial review* comenzaron pocos años después de aprobada la Constitución de 1787, cuando el poder judicial federal quedó en medio de la disputa política suscitada entre Republicanos y Federalistas durante la primera presidencia de Thomas Jefferson (1801-1805). Éste lideró un duro embate contra el poder judicial federal que derivó en los procesos de remoción del juez federal John Pickering y del *Justice* Samuel Chase, único integrante de la Corte Suprema estadounidense que fue sometido a juicio político. Pickering fue removido a comienzos de 1804. Chase resultó finalmente absuelto¹³.

El fallo en el célebre caso “*Marbury v. Madison*”¹⁴, redactado por el *Chief Justice* John Marshall, fue emitido en medio de ese enrarecido clima político. Tal vez eso explique que, para muchos autores, el origen del control judicial de constitucionalidad sea solamente una invención de Marshall, ya que este instituto no estaba expresamente previsto en la Constitución norteamericana. Tan es

¹³ Hemos tratado el tema en detalle en García-Mansilla, Manuel José, “Historia de los juicios políticos a los jueces federales norteamericanos”, en Santiago (h), Alfonso (Director) *La responsabilidad judicial y sus distintas dimensiones*, Tomo I, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2006, pp. 577 a 586.

¹⁴ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

así que, entre los diversos argumentos que sostienen los que cuestionan la legitimidad del *judicial review*, está el de que ese poder fue usurpado por la Corte Suprema en este fallo¹⁵. Sin embargo, como bien sostiene Barrancos y Vedia, existen constancias del *judicial review* muy anteriores a “Marbury”¹⁶. Así lo comprueba Barnett en un reciente artículo donde revisa su origen y demuestra que los *Founding Fathers* norteamericanos habían considerado al control judicial de constitucionalidad como una de las principales atribuciones del poder judicial federal en la Constitución de Filadelfia¹⁷.

Aunque el *judicial review* no nació con *Marbury*, los cuestionamientos respecto del ejercicio de ese poder sí nacieron junto con el dictado de este célebre fallo. Jefferson, primo segundo de John Marshall, criticaba en duros términos la facultad de los jueces de declarar inconstitucional las leyes dictadas por el Congreso. En una carta a Abigail Adams, argumentaba que cada uno de los poderes podía decidir por sí mismo en la esfera de sus atribuciones y que si los jueces podían decidir qué leyes son o no constitucionales e imponer ese criterio a los otros poderes, el Poder Judicial se convertiría en un poder despótico¹⁸.

¹⁵ Al respecto, ver el capítulo II de la obra de Melone, Albert P. y Mace, George, *Judicial Review and American Democracy*, Iowa State University Press, Ames, 1988, pp. 65 a 173.

¹⁶ Ver Barrancos y Vedia, Fernando, “Legitimidad del Control Judicial de Constitucionalidad”, *Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Buenos Aires, 2004, p. 3.

¹⁷ Barnett, Randy E., “The original meaning of the judicial power”, en *Supreme Court Economic Review*, Tomo 12, p. 115 (2004).

¹⁸ Carta del 11 de septiembre de 1804 publicada en Bergh, Albert Ellery (editor), *Writings of Thomas Jefferson*, Tomo 11, Thomas Jefferson Memorial Association, Washington, D.C., 1903, pp. 49 a 53. La cita completa en idioma original es la siguiente: “You seem to think it devolved on the judges to decide on the validity of the sedition law. But nothing in the Constitution has given them a right to decide for the Executive, more than to the Executive to decide for them. Both magistrates are equally independent in the sphere of action assigned to them. The judges, believing the law constitutional, had a right to pass a sentence of fine and imprisonment; because the power was placed in their hands by the Constitution. But the executive, believing the law to be unconstitutional, were bound to remit the execution of it; because that power has been confided to them by the Constitution. That instrument meant that its co-ordinate branches should be checks on each other. But the opinion which gives to the judges the right to decide what laws are constitutional, and what not, not only for themselves in their own sphere of action, but for the

Muchos autores consideran que John Marshall fue uno de los beneficiarios de la absolución del *Justice Chase*. Marshall tenía fundados temores en correr la misma suerte si, al igual que había ocurrido con Pickering, Chase era removido de su cargo. De hecho, existían rumores acerca de su posible remoción para designar como *Chief Justice* a Spencer Roane de Virginia. El Senador William B. Giles, también del estado de Virginia, luego de dictado el fallo *Marbury*, sostuvo que “si los Jueces de la Corte Suprema se animan, como hicieron, a declarar inconstitucional una ley del Congreso [...] la Cámara de Representantes tiene el derecho de acusarlos por medio del *impeachment* y el Senado de removerlos por haber dictado esos fallos, sin importar lo honestos o sinceros que hayan sido al hacerlo”¹⁹. Esos temores llevaron a Marshall al extremo de proponer, en privado, que se le concediera al Congreso la autoridad de revocar las decisiones judiciales que la Corte emitiera sobre cuestiones constitucionales²⁰.

Años después, la Corte Suprema dictó uno de los peores fallos de su historia, “*Dred Scott v. Sanford*”²¹, fuertemente cuestionado por el presidente Abraham Lincoln. El 4 de marzo de 1861, durante el primer discurso inaugural que diera como Presidente ante el Congreso, Lincoln expresó lo siguiente: “No me olvido de la posición asumida por algunos respecto a que las cuestiones constitucionales deben ser decididas por la Corte Suprema. Tampoco niego que esas decisiones son obligatorias, en cada caso, para las partes del proceso, respecto del objeto de ese proceso y merecen un muy alto respeto y consideración en todos los casos similares por los otros departamentos de gobierno. [...] Al mismo tiempo, el ciudadano común debe confesar que si la política de gobierno respecto a cuestiones vitales, que afectan a todo el pue-

legislature and executive also, in their spheres, would make the judiciary a despotic branch”.

¹⁹ Brant, Irving, *Impeachment. Trials and errors*, Alfred A. Knopf, New York, 1972, p. 85.

²⁰ Conf. Rehnquist, William H., “Political battles for judicial independence”, en *Washington Law Review*, Tomo 50, p. 840 (1974).

²¹ 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

blo, va a ser fijada irrevocablemente por decisiones de la Corte Suprema, en el instante en que son emitidas en litigios comunes entre partes actuando en causa propia, el pueblo habrá dejado de ser soberano y habrá resignado prácticamente su gobierno en las manos de ese eminente tribunal”²².

Los cuestionamientos al *judicial review* y a la Corte Suprema surgieron nuevamente en el período comprendido entre 1890 y 1925. Los ataques provinieron de las dos vertientes políticas que tuvieron auge en ese período: el populismo y el progresismo²³. Esas críticas, a su vez, reflejan el nivel de activismo exhibido por la Corte conservadora en este período²⁴.

Como ejemplo de las críticas vertidas a fines del Siglo XIX, se destaca el famoso artículo publicado en octubre de 1893 por James Bradley Thayer, tal vez uno de los trabajos académicos más influyentes en la historia de los Estados Unidos²⁵. Este autor afirmaba que la Corte Suprema debía ser deferente frente a las decisiones emanadas de los poderes políticos y sugería que los jueces debían obrar con extrema prudencia (el denominado *self restraint*) a la hora de ejercer el *judicial review*²⁶. Además, Thayer proponía

²² Van Doren Stern, Philip (editor), *The Life and Writings of Abraham Lincoln*, The Modern Library, New York, 1940, pp. 653 y 654.

²³ Friedman, Barry, “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson of *Lochner*”, en *New York University Law Review*, Tomo 76, pp. 1391 a 1393 (2001).

²⁴ Para una excelente descripción de la actuación de la Corte estadounidense en la mayor parte del período mencionado ver Bianchi, Alberto B., *Capitalismo y Derecho Constitucional (La experiencia en los Estados Unidos entre la Guerra Civil y la Primera Guerra Mundial)*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2005.

²⁵ Thayer, James Bradley, “The Origins and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, en *Harvard Law Review*, Tomo 7, p. 129 (1893). Este artículo también influyó en nuestro país y fue citado en numerosas oportunidades por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.

²⁶ Un detalle poco analizado respecto del artículo de Thayer es el error en que incurre ya desde el inicio de su argumentación, cuando pretende asimilar a los Estados Unidos con países europeos como Francia, Alemania y Suiza por el solo hecho de que todos tenían constituciones escritas (Thayer, “The Origins and Scope...”, p. 130). En su análisis, Thayer olvida la enorme diferencia que había respecto al valor de la Constitución como norma jurídica en uno y otro lado del Atlántico. Esta falsa premisa oscurece, en parte, el desarrollo posterior de su análisis.

la regla del *clear mistake*: un mero error de parte de los poderes políticos en el ejercicio de sus atribuciones no era suficiente para poder declarar la inconstitucionalidad de sus acciones. El contraste entre las acciones del Legislativo o Ejecutivo y la Constitución tenía que ser más que evidente para que un juez pudiera invalidar lo actuado por los poderes políticos²⁷. Importantes *Justices* de la Corte Suprema tales como Oliver Wendell Holmes, Louis Dembitz Brandeis y Félix Frankfurter adhirieron a la postura minimalista del Poder Judicial sugerida en el artículo de Thayer²⁸.

Ya comenzado el Siglo XX, especialmente luego de dictado el fallo “Lochner”, se generalizaron los cuestionamientos al *judicial review* y se planteó su incompatibilidad con principios democráticos. Numerosos críticos del accionar de la Corte Suprema conservadora proponían reformas drásticas al Poder Judicial, tales como que los jueces federales fueran electos por el pueblo y pudieran ser destituidos de sus cargos a través de mecanismos de participación directa como el *recall*²⁹. Adicionalmente, comenzó a cuestionarse abiertamente el origen del *judicial review*. Diversos autores afirmaban que los *Framers* no habían otorgado a los jueces el poder de controlar los actos del Congreso, sino que ese poder había sido usurpado o inventado por la Corte Suprema³⁰.

Si bien estos ataques se apaciguaron luego de la elección presidencial de 1924, no pasó mucho tiempo hasta que los cuestionamientos a la Corte volvieran al centro de la escena política. Los efectos devastadores de la crisis de 1929 y la oposición de la mayoría de la Corte Suprema al *New Deal* implementado por la administración del presidente Franklin Delano Roosevelt fueron

²⁷ Thayer, “The Origins and Scope...”, pp. 140 a 144.

²⁸ Conf. Bilder, “Idea or Practice...”, p. 11.

²⁹ Friedman, “The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part Three...”, pp. 1393 y 1394.

³⁰ Ver, entre otros, Boudin, Louis B., “Government by Judiciary”, en *Political Science Quarterly*, Tomo 26, p. 238 (1911).

el detonante de una nueva ola de críticas³¹. Estos cuestionamientos culminaron en 1937 luego del fallido intento de forzar una modificación en la composición de la Corte a través del célebre *Court-packing plan*³².

El posterior giro a la izquierda que hizo la Corte en materia económica durante la era Roosevelt fue fundamental en el cambio de actitud que tuvieron los académicos liberales que, desde este momento, se vieron ante la dificultad de tener que justificar el *judicial review* e intentar superar las críticas que se habían hecho respecto de su incompatibilidad con la democracia³³. Vale aclarar que el famoso “switch in time that saved Nine”³⁴ implicó que la Corte dejara de ser un eventual obstáculo respecto de la regulación económica y pasara a tener una postura deferente en esa materia³⁵.

La llegada de Earl Warren a la presidencia de la Corte Suprema marcaría un progresivo cambio de rumbo en su jurisprudencia, que pasaría a enfocarse en limitar el poder del Estado respecto de los ciudadanos en cuestiones ajenas a la economía. Una de sus primeras decisiones fue el célebre caso “Brown v. Board of Education” en 1954, donde se puso fin a la segregación de la población negra en las escuelas. Con excepción de los estados sureños, esta decisión fue muy bien recibida por la comunidad en general. Posteriormente, una serie de casos relacionados con el Partido Comunista y el accionar del Comité de Actividades Antiamericanas de

³¹ Friedman, Barry, “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law’s Politics”, en *University of Pennsylvania Law Review*, Tomo 148, p. 971 (2000).

³² Ver, entre otros, McElvaine, Robert S., *The Great Depression. America, 1929-1941*, Times Books, New York, 1993, pp. 283 a 286.

³³ Friedman, Barry, “The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five”, en *The Yale Law Journal*, Tomo 112, p. 162 (2002).

³⁴ Así se denomina al cambio de postura de la mayoría de la Corte en relación con leyes clave del *New Deal*.

³⁵ Friedman, “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Four...”, pp. 974 y 975. En la actualidad, esa postura deferente de la Corte en materia de regulación del derecho de propiedad está siendo fuertemente cuestionada (ver, entre otros, Epstein, Richard A., *How the Progressives Rewrote the Constitution*, Cato Institute, Washington, D.C., 2006).

la Cámara de Representantes puso nuevamente a la Corte en el ojo de la tormenta política³⁶. Sin embargo, el debate académico que se dará sobre el *judicial review* en esos años comienza a separarse gradualmente de las críticas y comentarios públicos que se hacían respecto del accionar de la Corte³⁷. De hecho, fue *Brown* y no los *Red Monday Cases* los que dispararon el reinicio de la discusión a través del debate Hand-Wechsler³⁸.

En 1957, durante las tradicionales *Holmes Lectures* en la Universidad de Harvard, el célebre Learned Hand afirmó que el texto de la Constitución no autorizaba el *judicial review*, ni permitía interpretar que los fallos de los tribunales federales, incluida la Corte Suprema, fueran obligatorios para los poderes Ejecutivo y Legislativo. Para Hand, el control judicial de constitucionalidad no podía justificarse como una deducción lógica de la estructura constitucional, sino como una condición práctica para su funcionamiento exitoso. En su opinión, sin un árbitro cuyas decisiones fueran finales, el sistema entero colapsaría. Y, por ese motivo, afirmaba que no era ilegítimo importar este poder a la Constitución, para que los jueces lo ejercieran solo en casos en que fuera absolutamente necesario³⁹.

³⁶ Al respecto, ver Schwartz, Bernard y Leshner, Stephan, *Inside the Warren Court. 1953-1969*, Doubleday, New York, 1983, pp. 103 a 121. Cuatro de estos casos fueron decididos el lunes 17 de junio de 1957, conocidos desde entonces como los *Red Monday Cases* (Casos del Lunes Rojo): *Watkins v. United States*, 354 U.S. 178 (1957); *Sweezy v. New Hampshire*, 354 U.S. 234 (1957); *Yates v. United States*, 354 U.S. 298 (1957) y *Service v. Dulles*, 354 U.S. 363 (1957), en los que la Corte Suprema anuló (i) una condena por desacato contra un testigo que se había negado a declarar ante el Comité de Actividades Antiamericanas respecto a diversas personas que había conocido en el pasado; (ii) una condena por desacato contra un profesor universitario que se negó a responder preguntas del *Attorney General* de New Hampshire en el marco de una investigación por actividades subversivas ordenada por el Poder Legislativo estatal; (iii) condenas contra catorce líderes comunistas por conspirar para derrocar al gobierno por medio del uso de la fuerza y la violencia y por organizar el Partido Comunista con ese propósito; y (iv) la exoneración de un diplomático del Departamento de Estado cuya lealtad había sido cuestionada.

³⁷ Conf. Friedman, "The Birth of an Academic Obsession...", p. 167.

³⁸ Las publicaciones de la época sobre el *judicial review* son numerosas. En los párrafos siguientes haremos mención a algunas de las más importantes. Para un detalle y discusión de esas publicaciones ver Friedman, "The Birth of an Academic Obsession...", pp. 197 a 202 y 228 a 236.

³⁹ Hand, Learned, *The Bill of Rights*, Harvard University Press, Cambridge, 1958, pp. 14 a 29.

Como es sabido, la postura de Hand fue respondida al año siguiente por Herbert Wechsler, entonces profesor de la Universidad de Columbia⁴⁰. Este autor defendió la legitimidad del *judicial review* y su conformidad con el texto constitucional. Para Wechsler, los jueces no eran ni debían ser libres para decidir si podían o no intervenir frente a un conflicto constitucional derivado de decisiones del Legislativo o el Ejecutivo. Por el contrario, la única forma válida en que podían abstenerse de intervenir era que la Constitución hubiera asignado esa función a otro poder⁴¹. Para evitar que obraran como si fueran una tercera instancia legislativa, el autor plantea la necesidad de que los jueces actuaran aplicando principios valorativos neutrales, fundando sus decisiones en razones respecto de todos los aspectos del caso, razones que en su generalidad y neutralidad debían trascender cualquier resultado inmediato que se encuentre en juego en la decisión judicial⁴². Aplicando este criterio, Wechsler afirma que, pese a coincidir con el fallo, no podía encontrar esos principios neutrales para sostener la legitimidad constitucional de *Brown*⁴³.

Tres años después, se publica el libro de Bickel al que hicimos referencia en la Introducción. Al comienzo del libro, el autor reconoce que el *judicial review* puede ser cuestionado por ser antidemocrático y afirma que se trata de una institución desviada de la democracia estadounidense⁴⁴. Sin embargo, Bickel propone una defensa del *judicial review* basada en un uso cuidadoso de lo que en un artículo anterior había denominado como las “virtudes pasivas” de los jueces⁴⁵. Sin embargo, su análisis respecto a lo que

⁴⁰ Wechsler, Herbert, “Toward Neutral Principles of Constitutional Law”, en *Harvard Law Review*, Tomo 73, p. 1 (1959).

⁴¹ Wechsler, “Toward Neutral Principles...”, pp. 6 a 9. Wechsler dejaba a salvo la discreción que tenía la Corte Suprema respecto al *certiorari*.

⁴² Wechsler, “Toward Neutral Principles...”, pp. 16 a 19.

⁴³ Wechsler, “Toward Neutral Principles...”, pp. 31 a 34.

⁴⁴ Bickel, *The Least Dangerous Branch...*, pp. 17 y 18.

⁴⁵ Bickel, Alexander M., “The Supreme Court, 1960 Term – Foreword: The Passive Virtues”, en *Harvard Law Review*, Tomo 75, p. 40 (1961).

denominara célebremente como la “dificultad contramayoritaria” fue lo que llamó la atención de los constitucionalistas en los años siguientes⁴⁶.

Ackerman explica que entre principios de la década de 1970 y mediados de la de 1980, “hemos sido inundados por nuevas respuestas a la pregunta de Bickel. Difícilmente pase un año sin que algún profesor de nota anuncie que ha descubierto la solución final a la dificultad contramayoritaria”⁴⁷. Lo llamativo del caso es que la extensa discusión académica que se dio respecto de la dificultad contramayoritaria en esos años y hasta principios de 1990, no se dio en el marco de trabajos críticos sobre el control judicial de constitucionalidad, sino en obras de autores mayormente progresistas destinadas a defender el activismo y la jurisprudencia de la Corte Warren. Para ese propósito resultaba imprescindible justificar la legitimidad del *judicial review* y conciliarlo con el sistema democrático⁴⁸. El grado de compromiso académico con esta tarea de reconciliación fue descrito por Ronald Dworkin como el despliegue de una “cuota extraordinaria de talento”⁴⁹.

⁴⁶ Conf. Friedman, “The Birth of an Academic Obsession...”, p. 202.

⁴⁷ Ackerman, Bruce A., “The Storrs Lectures: Discovering the Constitution”, en *The Yale Law Journal*, Tomo 93, p. 1016 (1984).

⁴⁸ Ver, entre muchos otros, Grey, Thomas, “Do We Have an Unwritten Constitution”, en *Stanford Law Review*, Tomo 27, p. 703 (1975); Ely, John Hart, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980; Choper, Jesse H., *Judicial Review and the National Political Process: A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, University of Chicago Press, Chicago, 1980; Perry, Michael J., *The Constitution, the Courts, and Human Rights: An Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policymaking by the Judiciary*, Yale University Press, New Haven, 1982; Cox, Archibald, *The Court and the Constitution*, Houghton Mifflin Company, Boston, 1987; Freeman, Samuel, “Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review”, en *Law and Philosophy*, Volumen 9, Número 4, p. 327 (1990), etc. Una de las pocas voces que se alzaron en contra del *judicial review* en esa época viene del sector conservador y es la de Bork, Robert, H., *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, The Free Press, New York, 1990.

⁴⁹ Dworkin, Ronald, “The Forum of Principle”, en *New York University Law Review*, Tomo 56, p. 516 (1981).

Como veremos en el punto siguiente, pese a que la discusión parecía haber sido superada, en los últimos diez años las críticas han regresado y con renovados bríos.

II

Las críticas más recientes

1. El “popular constitutionalism”

Dentro de las nuevas corrientes doctrinarias que critican la actuación de los jueces en general y del *judicial review* en particular, se destaca el denominado “popular constitutionalism”. Se trata de una nueva corriente dentro del derecho constitucional norteamericano que sostiene como idea central que la Constitución pertenece al pueblo y no a los jueces. Partiendo de esta sencilla premisa, algunos autores que se enrolan en esta doctrina proponen deshacerse directamente del control judicial de constitucionalidad. Otros enfatizan la distinción que debe realizarse entre el *judicial review* y el *judicial supremacy*, es decir, entre el control judicial de constitucionalidad y el carácter de “último intérprete” de la Constitución que ostenta la Corte Suprema en materia constitucional. El exponente más importantes de la primera postura es Mark Tushnet⁵⁰. El de la segunda es Larry Kramer⁵¹. Una variante intermedia es la de Sanford Levinson quien, si bien no cuestiona directamente el control judicial de constitucionalidad, comparte

⁵⁰ Tushnet es uno de los constitucionalistas más reconocidos en los Estados Unidos. Fue “law clerk” del *Justice* Thurgood Marshall y profesor de derecho constitucional en el Georgetown University Law Center durante varios años. Actualmente, enseña derecho constitucional en la Universidad de Harvard.

⁵¹ Larry D. Kramer es el actual decano de la escuela de derecho de la Universidad de Stanford. Fue “law clerk” del *Justice* William Brennan.

las críticas generales de Tushnet y Kramer y propone modificar el diseño del Poder Judicial en sus aspectos centrales.

a) La postura de Tushnet

Dentro de la corriente crítica del *judicial review*, Tushnet representa la postura más radical: no se limita a señalar su supuesta incompatibilidad con el sistema democrático, sino que directamente propone eliminarlo del sistema constitucional. Así lo hizo en un libro publicado en 1999, donde critica con dureza al *judicial review* y a sus defensores, así como a la corriente dominante del pensamiento legal contemporáneo que entiende oscurecida por lo que denomina como “el derecho constitucional elitista”⁵².

Para Tushnet, la Constitución se puede dividir en dos partes: una gruesa y otra fina. La primera, se relaciona solamente con la organización del gobierno. La segunda, en cambio, se relaciona con los intereses vitales del pueblo, plasmados en el Preámbulo y en la Declaración de Independencia que redactara Thomas Jefferson. La primera no tiene mayor relevancia. En cambio, los desacuerdos fundamentales respecto del significado de la Constitución fina sí importan y podrían ser resueltos adecuadamente por el pueblo, a través de los mecanismos ordinarios de discusión política. Por eso, los actores políticos juegan un papel relevante en el sistema que el autor propone, al que denomina como el “constitucionalismo populista”⁵³.

Partiendo de la opinión que Jefferson expresara acerca del peligro que representaría que los jueces decidan qué leyes son o no constitucionales e impongan ese criterio a los otros poderes, Tushnet sugiere que los líderes políticos son los que hablan por el pueblo

⁵² Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press, New Jersey, 1999, p. xi.

⁵³ Tushnet, *Taking the Constitution...*, pp. 13 y 14.

como un todo y, por ende, son los únicos que pueden identificar sus intereses vitales⁵⁴. Además, sugiere que el pueblo, actuando fuera de los tribunales, puede ignorar válidamente lo que la Corte Suprema diga en materia constitucional, siempre que esté persiguiendo una interpretación razonable de la Constitución fina⁵⁵.

Si bien reconoce que los poderes políticos no se preocupan mayormente por la Constitución, el autor cree que esto es consecuencia del *judicial review*. Por eso, afirma que si se sacara la Constitución fina fuera de los tribunales, tanto el Presidente como el Congreso deberían asumir la responsabilidad de sus acciones y apelar al tribunal de la opinión pública. Para Tushnet, tanto los legisladores como los votantes no se preocupan mayormente por proteger valores constitucionales precisamente porque saben que los jueces son los que, en definitiva, van a hacer cumplir la Constitución. El *judicial review*, entonces, se convierte en un impedimento estructural para que los derechos individuales sean auto ejecutables a través de mecanismos políticos⁵⁶.

Tushnet afirma que la eliminación del *judicial review* obligaría a que la toma de decisiones en materia constitucional vuelva a manos del pueblo y podría contribuir a que la Constitución sea tomada en serio fuera de los tribunales. Plantea, además, que el mundo sin *judicial review* no tiene que parecerse necesariamente a la Rusia de Stalin, sino que se puede parecer a Gran Bretaña u Holanda, países que no cuentan con este instituto y, sin embargo, respetan los derechos individuales y los poderes de sus gobiernos se encuentran razonablemente limitados⁵⁷.

⁵⁴ Tushnet, *Taking the Constitution...*, p. 24. Obsérvese la similitud de este argumento con el que esgrimiera Juan Domingo Perón en el discurso pronunciado el 27 de enero de 1949, durante la apertura de la Convención Nacional Constituyente (ver *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Año 1949*, Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1949, Tomo I (único publicado), pp. 26 y 27).

⁵⁵ Tushnet, *Taking the Constitution...*, p. 33.

⁵⁶ Tushnet, *Taking the Constitution...*, pp. 120 a 127.

⁵⁷ Tushnet, *Taking the Constitution...*, p. 163.

Finalmente, el autor citado propone una reforma constitucional para impedir a los jueces el ejercicio del control judicial de constitucionalidad. Su propuesta consiste en seguir el modelo irlandés e imitar su artículo 45, que dispone que los principios de política social que deben servir de guía para la labor del Parlamento, quedan fuera de la competencia de los jueces. Sugiere, entonces, una enmienda para establecer que la Constitución no será competencia de juez o tribunal de justicia alguno⁵⁸.

b) La crítica de Kramer

Otro autor que se enrola en la corriente del *popular constitutionalism* es Larry Kramer. Su postura es sutilmente diferente a la de Tushnet, ya que cuestiona lo que se conoce como *judicial supremacy*, es decir, la facultad de la Corte Suprema de ser el intérprete final de la Constitución. Al igual que Tushnet, este autor critica el elitismo que domina el pensamiento constitucional moderno y afirma que no son los jueces, sino el pueblo el que tiene que interpretar la Constitución⁵⁹.

En un libro publicado en 2004, Kramer hace una revisión de la historia constitucional estadounidense y concluye que el *judicial review* que habían aceptado los *Founding Fathers* tiene muy poca semejanza con la práctica actual⁶⁰. En ese recorrido histórico, Kramer destaca dos presidentes que reclamaron el poder de inter-

⁵⁸ Tushnet, *Taking the Constitution...*, p. 175. La crítica de Tushnet al *judicial review* no se limita a este libro, sino que ha sido desarrollada en diversos artículos y libros posteriores (ver, entre otros, Tushnet, Mark, "Popular Constitutionalism as Political Law", en *Chicago-Kent Law Review*, Tomo 81, p. 991 (2006); "Weak-Form Judicial Review and 'Core' Liberties", en *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Tomo 41, p. 1 (2006); *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, New Jersey, 2008, etc.).

⁵⁹ Kramer, Larry D., "We the Court", en *Harvard Law Review*, Tomo 115, p. 165 (2001).

⁶⁰ Kramer, Larry D., *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, New York, 2004, pp. 7 y 8.

pretar la Constitución en nombre del pueblo: Andrew Jackson y Franklin D. Roosevelt, cuyos ejemplos propone imitar⁶¹.

Al igual que Lincoln, el autor argumenta que solamente las partes del caso tienen que sentirse obligados a cumplir con las decisiones que la Corte Suprema dicte en materia constitucional⁶². Sostiene que los *Founding Fathers* y las generaciones siguientes no hubieran aceptado que una elite de abogados les diga qué significado tiene la Constitución. Tampoco hubieran adoptado un rol tan pasivo, ni una actitud tan deferente respecto de la actuación de jueces que no son electos por el pueblo⁶³. Sin embargo, reconoce que en los últimos años la sociedad norteamericana terminó por aceptar que el significado de la Constitución era algo que no podía ser decidido por el pueblo directamente, sino que debía ser librado al monopolio judicial. Y sostiene que esta aceptación es la consecuencia de un proceso gradual, que marca el triunfo de una corriente ideológica elitista y altamente escéptica acerca de la democracia popular, que expresa una visión idealizada respecto de la Corte Suprema⁶⁴.

Para Kramer, las interpretaciones constitucionales de la Corte Suprema deben ser sometidas a una especie de conversación nacional y estar sujetas a ser rechazadas por el pueblo. El autor propone repudiar públicamente a los jueces de la Corte Suprema que sostengan que son ellos y no el pueblo los que tienen la autoridad final para decir el significado de la Constitución⁶⁵.

⁶¹ Kramer, *The People Themselves*..., p. 183 y pp. 216 y 217.

⁶² Kramer, *The People Themselves*..., pp. 212 y 213.

⁶³ Kramer, *The People Themselves*..., p. 228.

⁶⁴ Kramer, *The People Themselves*..., pp. 229 a 233. Kramer critica el funcionamiento de la Corte Suprema y afirma que en la mayoría de los casos el análisis legal lo hacen los *law clerks*, jóvenes y con escasa experiencia, y no los *Justices* como ocurría antes (Kramer, *The People Themselves*..., p. 240).

⁶⁵ Kramer, *The People Themselves*..., pp. 247 y 248.

Kramer sugiere seguir el modelo europeo de control concentrado de constitucionalidad, así como los mecanismos de designación de jueces por mayorías especiales y acortar su duración en el cargo⁶⁶. Caso contrario, cree que aquellos que estén en desacuerdo con los fallos de la Corte, tienen que fomentar la restricción de su jurisdicción a través de leyes, la modificación de su composición con un plan similar al *Court-packing* de Roosevelt y hasta el *impeachment* para aquellos jueces cuyas opiniones generen rechazo popular. Sostiene, finalmente, que el *popular constitutionalism* obligaría a los jueces de la Corte a adoptar otra actitud, sabiendo que hay un poder por encima de ellos que puede dejar sin efecto sus fallos: el pueblo⁶⁷.

c) *Sanford Levinson*

Una variante crítica dentro de la corriente del *popular constitutionalism* es la de Sanford Levinson, que sostiene que el impacto del *judicial review* es menos relevante de lo que la mayoría de los autores cree. Sin embargo, en consonancia con Kramer, propone modificaciones profundas en el diseño del Poder Judicial. En especial, Levinson ataca el Artículo III de la Constitución de los Estados Unidos, con motivo de la cláusula que establece que los jueces duran en su cargo mientras observen buena conducta, y sostiene que hay que modificarla porque es indefendible⁶⁸. Levinson afirma que existen países exitosos que no tienen esa protección para los jueces de la Corte Suprema y propone imitarlos para establecer un plazo fijo de duración en el cargo⁶⁹.

⁶⁶ Kramer, *The People Themselves...*, p. 250.

⁶⁷ Kramer, *The People Themselves...*, pp. 249 a 253. Kramer insiste con sus críticas en un artículo reciente: “‘The Interest of the Man’: James Madison, Popular Constitutionalism, and the Theory of Deliberative Democracy”, en *Valparaiso University Law Review*, Tomo 41, p. 697 (2006).

⁶⁸ Levinson, Sanford, *Our Undemocratic Constitution. Where the Constitution Goes Wrong (And How the People Can Correct It)*, Oxford University Press, 2006, p. 125.

⁶⁹ Levinson, *Our Undemocratic Constitution...*, pp. 134 y 135.

En opinión de Levinson, la protección especial que tienen los jueces en el sistema norteamericano genera un incentivo para intentar influir en la jurisprudencia de la Corte y hace que los políticos designen jueces más jóvenes, especulando con mantener esa influencia durante una mayor cantidad de tiempo. A su vez, la creciente ideologización de la Corte Suprema genera que los jueces de mayor edad decidan el momento de su renuncia para impedir que un gobierno de un signo político distinto tenga la oportunidad de designar su reemplazo. Según Levinson eso explica que presidentes como Jimmy Carter, que no pudo designar ningún *Justice*, o Clinton, que sólo pudo hacer lo propio en dos oportunidades en ocho años, hayan tenido escasa influencia sobre la jurisprudencia de la Corte⁷⁰.

2. Las críticas al “popular constitutionalism”

El “popular constitutionalism” no está exento de críticas. En este punto trataremos brevemente las críticas formuladas por Larry Alexander y Lawrence Solum, Erwin Chemerinsky y Laurence Tribe, que sin ser las únicas, resultan de las más importantes⁷¹.

a) *Alexander y Solum*

En un artículo publicado en el *Harvard Law Review*, Alexander y Solum, profesores de las universidades de San Diego e Illinois, respectivamente, analizan las posturas de Kramer y formulan una crítica despiadada al “popular constitutionalism”⁷².

⁷⁰ Levinson, *Our Undemocratic Constitution...*, p. 125 y pp. 136 y 137.

⁷¹ Otra crítica interesante al “popular constitutionalism” es la de Gerber, Scott D., “The Court, the Constitution, and the History of Ideas”, en *Vanderbilt Law Review*, Tomo 61, Número 4, p. 1067 (2008).

⁷² Alexander, Larry y Solum, Lawrence B., “Popular? Constitutionalism?”, en *Harvard Law Review*, Tomo 118, p. 1594 (2005).

Si bien destacan la notoria imprecisión del “popular constitutionalism”, identifican los seis supuestos principales de este movimiento:

- (i) El pueblo es el que dicta la Constitución;
- (ii) Es el pueblo el que la hace cumplir;
- (iii) Es el pueblo el que interpreta la Constitución;
- (iv) Esa interpretación es obligatoria;
- (v) Esa interpretación es definitiva y final para las instituciones de gobierno. En consecuencia, los actos de gobierno están sometidos y sujetos a revisión de la interpretación del pueblo;
- (vi) Las decisiones del pueblo en materia constitucional están por encima del texto de la constitución escrita⁷³.

Los primeros tres supuestos son los que, en opinión de los autores, hacen al núcleo duro del “popular constitutionalism”, que podría definirse como la visión de que el pueblo es el agente que hace, aplica e interpreta la Constitución. Si la Constitución es violada, el pueblo la hace cumplir ya sea votando en contra de los malos funcionarios o levantándose en contra de ellos. Si la Constitución es ambigua, el pueblo es el encargado de solucionar esa ambigüedad a través de la deliberación para expresar luego la visión del pueblo respecto del significado de la Constitución. Además, esas interpretaciones son obligatorias para los tres poderes. Finalmente, si el pueblo no está contento con la Constitución escrita, puede dejarla sin efecto, alterarla, suspenderla o ignorarla⁷⁴.

⁷³ Alexander y Solum, “Popular?...”, p. 1616.

⁷⁴ Alexander y Solum, “Popular?...”, p. 1617. Alexander y Solum plantean un punto que, pese a ser obvio, no deja de ser importante: el pueblo, en su capacidad de cuerpo o unidad, no puede actuar sino a través de instituciones (op. cit., p. 1606).

Alexander y Solum critican esta corriente por su notoria imprecisión conceptual y su falta de contornos precisos. Admiten que la teoría constitucional opera necesariamente a altos niveles de abstracción y que, por ello, “las cosas se ponen nubladas ahí arriba en la tropósfera y algo de vaguedad y ambigüedad son seguramente inevitables. Pero tal como lo presenta Kramer, al *popular constitutionalism* le falta la expresión y relativa definición de una nube cumulus en la baja atmósfera. En cambio, el *popular constitutionalism* es la nube cirrus de la teoría constitucional: flotando en una atmósfera enrarecida en los más altos niveles de abstracción, el *popular constitutionalism* es delgado y tenue”⁷⁵.

Otro problema que plantean los autores es la necesidad de unificar la multiplicidad de voces que se generarían en caso de que el pueblo fuera el último intérprete de la Constitución. Se necesitan mecanismos institucionales para traducir esa multiplicidad de voces en una sola que asegure la autoridad interpretativa. Reconocen que instituciones mayoritarias como el Presidente o el Congreso brindan ese mecanismo institucional. Sin embargo, agregan que ceder el lugar de intérprete final al Ejecutivo o al Legislativo también es inconsistente con el “popular constitutionalism”. El resultado no sería otro que la supremacía del Ejecutivo o del Legislativo⁷⁶.

Defienden, en cambio, la *judicial supremacy* como una forma de Estado de Derecho Constitucional (*rule-of-law constitutionalism*), donde el Poder Judicial interpreta la Constitución con el objeto de mantener fidelidad a su texto. Y critican a Kramer por no haber considerado que la mayoría del derecho constitucional norteamericano no es producto de una mera dictadura del Poder Judicial, sino el resultado directo del Estado de Derecho Constitucional⁷⁷.

⁷⁵ Alexander y Solum, “Popular?...”, pp. 1618 y 1619.

⁷⁶ Alexander y Solum, “Popular?...”, pp. 1621 y 1622.

⁷⁷ Alexander y Solum, “Popular?...”, p. 1628. Los autores distinguen la *judicial supremacy* del llamado “departamentalismo”. Este último surge de la postura esgrimida por Lincoln al criticar el caso “Dred Scott”: los fallos de la Corte son solamente obligatorios para las partes del caso.

En definitiva, los autores creen que el *popular constitutionalism* es una postura radical que vacía la Constitución de su contenido normativo y permite que los poderes políticos (Legislativo y Ejecutivo) no sólo se sientan libres, sino obligados a ignorar la Constitución escrita cuando crean sinceramente que el pueblo autorizó esas violaciones. Para finalizar, aunque critican a Kramer por haber llevado la teoría de la soberanía popular al extremo, reconocen que lo bueno de ese extremismo es que permite echar luz sobre las inconsistencias más profundas de esta nueva doctrina que lleva a la teoría constitucional al borde del precipicio, donde solo queda saltar o retroceder⁷⁸.

b) *Chemerinsky*

Erwin Chemerinsky es actualmente profesor de la Universidad de Duke. Este autor también critica la noción de “popular constitutionalism” por sus contornos sinuosos y su falta de definición precisa y afirma que el lector que trate de encontrarla en los trabajos sobre el tema emprenderá una búsqueda en vano. Reconoce que los sostenedores de esta doctrina comparten el hecho de estar en desacuerdo con el *judicial review* por entenderlo innecesario e indeseable, así como su deseo de reducir el rol de los jueces en el sistema constitucional. Pero explica que, a partir de ahí, sus posturas son divergentes: carecen de unidad y claridad y son criticables por su ambigüedad y por no expresar claramente su visión respecto del rol del Poder Judicial⁷⁹.

La supremacía correspondería únicamente a la Constitución y no a la interpretación que la Corte haga de ella. Aunque la defienden enfáticamente, los autores, sin embargo, reconocen que se puede aceptar el *judicial review* y, al mismo tiempo, rechazar la *judicial supremacy* (ob. cit., pp. 1629 y 1630).

⁷⁸ Alexander y Solum, “Popular?...”, p. 1640.

⁷⁹ Chemerinsky, Erwin, “In Defense of Judicial Review: The Perils of Popular Constitutionalism”, en *University of Illinois Law Review*, Volumen 2004, Nro. 3, pp. 676 y 677 (2004).

Chemersinsky explica que cuando esta corriente doctrinaria propone eliminar el *judicial review*, olvida que muchas acciones de gobierno están en manos de funcionarios públicos que no son electos y cuyas decisiones no cumplen con la definición del gobierno mayoritario que el “popular constitutionalism” dice defender. Afirma que se puede aceptar la confianza que esta corriente expresa en el proceso mayoritario, pero que sería absurdo decir que policías, guardias de prisión y funcionarios de agencias regulatorias van a tener como preocupación principal el cumplimiento de la Constitución⁸⁰.

Para el profesor de la Universidad de Duke, esta corriente se basa en la creencia romántica de que se puede confiar la protección de los valores establecidos por la Constitución al pueblo en forma directa. Sin embargo, a lo largo de la historia, han existido mayorías que persiguieron minorías raciales, religiosas y políticas. Esto también era “popular constitutionalism”, pero difícilmente uno que sea digno de ser preservado. En definitiva, sin *judicial review*, quedarían prácticamente eliminados los frenos contra el abuso de las mayorías sobre las minorías⁸¹.

En otro trabajo en que critica el libro de Larry Kramer, Chemersinsky sostiene que el “popular constitutionalism” se enfoca exclusivamente en el accionar de la Corte Suprema y omite considerar las consecuencias que se producirían si se modifica el poder de los jueces y tribunales inferiores. Y señala que si se impone esta corriente se puede terminar eliminando cualquier forma de revisión del accionar inconstitucional de legisladores y funcionarios, sean electos o no. Finalmente, advierte que, aunque el control popular sobre la Constitución pueda sonar como una idea atractiva, cuando se quiere proteger los derechos de personas de verdad en situaciones reales, es esencial que el Poder Judicial tenga la últi-

⁸⁰ Chemersinsky, “In Defense of Judicial Review: The Perils...”, p. 682.

⁸¹ Chemersinsky, “In Defense of Judicial Review: The Perils...”, p. 683.

ma palabra para poder preservar las libertades que la Constitución promete⁸².

Chemerinsky cree que esta doctrina puede ser atractiva para sectores progresistas, ya que está sostenida por autores de sumo prestigio académico y permite darle la espalda al Poder Judicial en un momento en que se encuentra dominado por conservadores del partido Republicano. Sin embargo, alerta acerca del peligro que se corre si en el largo plazo esta corriente debilita el *judicial review* ya que, aun con todas sus falencias, cree que el Poder Judicial es esencial para la protección de los derechos y garantías básicos⁸³.

c) *Tribe*

La postura de Kramer también fue criticada por Laurence H. Tribe en un artículo publicado en 2004 en el periódico *The New York Times*. Este prestigioso autor afirma que los ataques que se hacen actualmente a la Corte Suprema vienen principalmente de la izquierda norteamericana. Tribe reconoce que son muchos los autores que critican la jurisprudencia conservadora de la Corte, pero explica que no por eso cuestionan el *judicial review*. Plantea, además, que los autores a los que denomina “progresistas”, no pueden criticar ese giro en la jurisprudencia y al mismo tiempo defender lo actuado por las Cortes Warren y Burger de marcado tinte liberal. Por eso, afirma, atacan directamente el *judicial review* y abogan porque la autoridad de tomar decisiones en materia constitucional se traslade a los poderes políticos o al pueblo⁸⁴.

⁸² Chemerinsky Erwin, “In Defense of Judicial Review: A Reply to Professor Kramer”, en *California Law Review*, Tomo 92, pp. 1018 a 1020 (2004).

⁸³ Chemerinsky, “In Defense of Judicial Review: The Perils...”, pp. 689 y 690.

⁸⁴ Tribe, Laurence H., “The People Themselves: Judicial Populism”, en *The New York Times*, 24 de octubre de 2004. La cita completa en idioma original es la siguiente: “now, some legal scholars who consider themselves progressives - apparently finding it too complicated to attack the court’s right-wing rulings while defending liberal icons like the desegregation, reapportionment and sex discrimination decisions of the Warren and Burger years - are challenging the court’s very authority to decide such questions, urging that decision making on constitutional issues be returned to the political branches or, better still, to ‘The People Themselves’”.

En su opinión, se puede discutir la *judicial supremacy* o el monopolio que la Corte Suprema parece arrogarse en algunos casos respecto de la interpretación constitucional⁸⁵, pero no atacar al *judicial review* por esa postura de la Corte. Para este autor, el control judicial de constitucionalidad presupone solamente que la Corte Suprema está obligada a aplicar la Constitución como la ley suprema de la Nación. En un sistema de gobierno de leyes y no de hombres, la interpretación constitucional que haga la Corte al resolver los casos que le toca decidir, merecen respeto. Tribe pone como ejemplo el caso “Brown” y afirma que no sólo las partes del caso tenían obligación de cumplir con la decisión de la Corte en materia de desegregación, sino todas las escuelas del país.

Finalmente, Tribe afirma que el “popular constitutionalism” propone un derecho constitucional en el que hasta la propia Constitución resultaría borrada. Y es que si se considera a la Constitución como una vasija en la que el pueblo puede vaciar todo aquello que quiera que contenga en un momento determinado, se habría perdido el propósito de tener una Constitución. Tribe termina su

⁸⁵ Un caso interesante en este sentido es “Dickerson v. United States” (530 U.S. 428) del 26 de junio de 2000. Allí, en una decisión 7 a 2, la Corte declaró inconstitucional una ley del Congreso que había sido dictada para modificar el criterio de admisión de pruebas en procesos penales fijado en el célebre caso “Miranda v. Arizona” (384 U.S. 436). El voto de la mayoría, redactado por el *Chief Justice* Rehnquist, sostuvo que el caso *Miranda* había fijado una regla constitucional que el Congreso no podía dejar sin efecto a través de una ley. La disidencia, redactada por el *Justice* Scalia, es una de las más agresivas que se hayan escrito en los últimos años y acusa a la mayoría de violentar la Constitución y ejercer mera arrogancia judicial. La frase completa en idioma original es la siguiente: “Today’s judgment converts *Miranda* from a milestone of judicial over reaching into the very Cheops’ Pyramid (or perhaps the Sphinx would be a better analogue) of judicial arrogance. In imposing its Court-made code upon the States, the original opinion at least asserted that it was demanded by the Constitution. Today’s decision does not pretend that it is, and yet still asserts the right to impose it against the will of the people’s representatives in Congress. Far from believing that *stare decisis* compels this result, I believe we cannot allow to remain on the books even a celebrated decision -especially a celebrated decision- that has come to stand for the proposition that the Supreme Court has power to impose extraconstitutional constraints upon Congress and the States. This is not the system that was established by the Framers, or that would be established by any sane supporter of government by the people”.

artículo criticando la ingenuidad de Kramer por pretender que frases como “tiranía de la mayoría” son apenas meros slogans⁸⁶.

3. El debate Waldron - Fallon

a) *La crítica de Waldron*

Jeremy Waldron es actualmente uno de los principales críticos del *judicial review* en los Estados Unidos y, aunque está incluido dentro de los autores que sostienen la corriente del *popular constitutionalism*, intenta enfocar su crítica desde un ángulo distinto⁸⁷. En una reciente publicación, Waldron critica el control judicial de constitucionalidad de la legislación, ya que entiende que se trata de un mecanismo de toma final de decisiones imperfecto e inapropiado para una sociedad libre y democrática. Sostiene que en sistemas de gobierno en donde no está permitido a los jueces invalidar la legislación dictada por el Parlamento, es el pueblo el que, a través de mecanismos legislativos, decide finalmente cuestiones que entiende fundamentales, tales como el aborto⁸⁸.

Para Waldron, no hay razón para suponer que los derechos están mejor protegidos por el *judicial review* que por las legislaturas democráticas. Afirma que el debate sobre este instituto está

⁸⁶ La polémica tuvo otro capítulo un mes después (ver “Kramer vs. Tribe”, en *The New York Times* del 21 de noviembre de 2004).

⁸⁷ Waldron viene criticando el *judicial review* desde hace varios años: ver, entre muchas otras publicaciones, “A Rights-Based Critique of Constitutional Rights”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, Tomo 13, p. 18 (1993); “Moral Truth and Judicial Review”, en *American Journal of Jurisprudence*, Tomo 43, p. 75 (1998); “Judicial Review and the Conditions of Democracy”, en *Journal of Political Philosophy*, Tomo 6, p. 335 (1998); *Law and Disagreement*, Oxford University Press, New York, 2001, etc.

⁸⁸ Waldron, Jeremy, “The Core of the Case Against Judicial Review”, en *The Yale Law Journal*, Tomo 115, p. 1346 y sgtes. (2006).

muy afectado en los Estados Unidos por temas como el aborto, donde sus defensores tendrían terror de que el *judicial review* fuera dejado de lado y que las legislaturas conservadoras lo prohibieran. Y, por eso, plantea la necesidad de un argumento abstracto, desprovisto de contaminación cultural, histórica y de las preocupaciones políticas de cada sociedad. Pone como ejemplo la discusión que hubo en el década de 1960 en Inglaterra, donde el Parlamento debatió leyes relacionadas con el aborto, los derechos de homosexuales y la abolición de la pena de muerte. Según Waldron, la calidad de esos debates (y de debates similares en Canadá, Nueva Zelanda y Australia) destruye el argumento de aquellos que sostienen que los legisladores son incapaces de encarar estos temas de forma responsable. Agrega que el resultado favorable a los derechos de las minorías en estas discusiones legislativas, pone también en duda el argumento de que las mayorías no van a defender los derechos de las minorías⁸⁹.

De entrada conviene hacer una aclaración: este autor limita el alcance de su crítica a la revisión judicial de normas emanadas del Poder Legislativo y no a la revisión de actos del ejecutivo o del proceso administrativo de toma de decisiones (*administrative decisionmaking*). Waldron sostiene que si bien el Ejecutivo goza de ciertas credenciales electorales, es un principio casi universalmente aceptado que estas credenciales están sujetas al principio del *Rule of Law*. Por ende, los jueces pueden válidamente ordenar que los funcionarios públicos obren de acuerdo a la ley⁹⁰. Como

⁸⁹ Waldron, "The Core...", pp. 1349 y 1350.

⁹⁰ Waldron, "The Core...", pp. 1353 y 1354. Esta distinción es importante ya que, a través del dictado de DNUs, el Presidente de la Nación parece haber desplazado al Congreso en el papel de principal legislador en nuestro país (ver García-Mansilla, Manuel José, "La metamorfosis del sistema constitucional argentino. Decretos de necesidad y urgencia y separación de los poderes", en *El Derecho*, Tomo 210, p. 746 [2004]). Esta realidad nos obliga a considerar la necesidad de contar con un control adecuado para evitar posibles excesos del Ejecutivo. Y es que, como sostenía Kelsen, en un sistema legal en que se permita que los órganos administrativos dicten normas de alcance general (DNUs), el peligro de que esos órganos administrativos excedan los límites del poder de dictar ese tipo de normas es mucho mayor que el peligro de que se sancione una ley inconstitucional (Kelsen, Hans, "Judicial Review of Legislation: A Comparative Study

veremos más adelante, esta no es la única advertencia que formula el autor, sino que toda su crítica se basa en una serie de presupuestos que deben cumplirse para que esta sea válida.

El autor propone analizar la cuestión del *judicial review* desde una perspectiva teórica que no tenga como eje la forma en la que los jueces ejercen su función y el espíritu activista o deferente con el que revisan la legislación sometida a control en sus fallos. Por el contrario, el elemento central de la argumentación de Waldron es que los desacuerdos respecto a determinados derechos son inevitables en sociedades políticamente maduras y que los jueces no están mejor preparados que las legislaturas para solucionar esos conflictos⁹¹.

Waldron intenta definir el *judicial review* a través de una distinción entre su versión fuerte y su contraparte débil:

- En sistemas de *judicial review* fuerte, los jueces tienen la autoridad de declinar la aplicación de una ley en un caso particular o modificar el efecto de la ley para conformar su aplicación con los derechos individuales. Los jueces pueden decidir que cierta parte de la ley sea inaplicable, convirtiéndola en letra muerta. Lo mismo ocurre en aquellos sistemas en los que los jueces pueden ordenar la derogación de leyes;
- En sistemas de *judicial review* débil, los jueces pueden controlar las leyes para ver si violan o no algún derecho individual pero no pueden dejar de aplicarlas. En Inglaterra, los jueces pueden revisar la legislación y emitir una “declaración de incompatibilidad”, por ejemplo, cuando un

of the Austrian and the American Constitution”, en *The Journal of Politics*, Volumen 4, Número 2, mayo de 1942, p. 184). Frente al abandono de sus tareas por parte del Congreso, es al Poder Judicial a quien podemos recurrir para evitar esos excesos. Esto no quiere decir que aceptemos la posición de Waldron, ni mucho menos. Se trata simplemente de señalar que aquellos que quieran importar estas críticas a nuestro país, no pueden soslayar este punto.

⁹¹ Waldron, “The Core...”, p. 1351 y sgtes.

artículo de una ley resulta incompatible con un instrumento internacional como la Convención Europea de Derechos Humanos, incorporada al derecho británico a través de la *Human Rights Act*. Según el artículo 10 de la *Human Rights Act*, un ministro puede usar esta declaración para iniciar un procedimiento legislativo abreviado, tendiente a remediar la incompatibilidad en cuestión. A su vez, hay sistemas con un *judicial review* aún más débil como, por ejemplo, el de Nueva Zelanda. Allí, los jueces también pueden emitir declaraciones de incompatibilidad, pero éstas carecen de efecto alguno. Como caso intermedio, se ubica a Canadá, donde si bien los jueces puede dejar de aplicar ciertas leyes, la legislación canadiense, sea provincial o nacional, puede sancionarse de forma tal de impedir que se revise judicialmente su compatibilidad con la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, agregando una cláusula de “*notwithstanding the Rights in the Charter*” (que, como reconoce el autor, se usa raramente)⁹².

La crítica diferencia, además, el tipo de *judicial review* que está orientado exclusivamente a la defensa de los derechos individuales, de aquel que se orienta a cuestiones estructurales como el federalismo o la separación de poderes. Afirma que los argumentos de aquellos que en Estados Unidos sostienen que los jueces están mejor preparados para definir este tipo de cuestiones, en realidad subordinan este argumento a la defensa del rol estructural que los jueces tienen para mantener las reglas previstas en la Constitución⁹³.

⁹² Waldron, “The Core...”, pp. 1354 a 1356.

⁹³ Waldron, “The Core...”, pp. 1357 y 1358. Otra distinción que formula es la revisión a posteriori o *ex ante*, tal como tiene el estado de Massachusetts. Para Waldron, la revisión judicial *ex ante*, en donde los jueces actúan como una etapa más de un proceso legislativo multicameral, no es en realidad *judicial review* (op. cit., p. 1359).

Waldron aclara que sus críticas apuntan solamente a la versión fuerte del *judicial review*, la que considera ilegítima desde el punto de vista democrático, y plantea una serie de condiciones para que su crítica tenga asidero. Afirma que si falta alguno de esos elementos, la crítica no se sostiene. Los presupuestos que propone son:

- (i) la existencia de una sociedad con instituciones democráticas que funcionen relativamente bien, incluyendo un cuerpo legislativo, bicameral, de representantes electos por el voto universal de ciudadanos adultos;
- (ii) una serie de instituciones judiciales que funcionen razonablemente bien, cuyos miembros sean designados de forma no representativa y que tengan a su cargo la decisión de disputas judiciales individuales y que tengan a su cargo mantener el Estado de Derecho;
- (iii) un compromiso de la mayoría de los miembros de la sociedad y de la mayoría de sus funcionarios públicos para con la idea de derechos individuales y de las minorías;
- (iv) un desacuerdo persistente, sustancial y de buena fe respecto de los derechos entre los miembros de esa sociedad comprometida con la idea de derechos.

Para la crítica, esta hipotética sociedad no debería resolver en los tribunales sus diferendos en materia de derechos, sino que debería hacerlo por medio del proceso legislativo. Así se insiste con el ejemplo de países como Nueva Zelanda, Canadá e Inglaterra para mostrar que no necesitan el *judicial review* para dirimir sus diferencias respecto a los derechos. El propio Waldron limita el alcance de su crítica y aclara que el caso contra el *judicial review* no es absoluto, ya que depende de condiciones tales como

la existencia de sociedades con buenas instituciones democráticas y de una ciudadanía que se tome sus derechos en serio⁹⁴.

Waldron sostiene que las bondades del *judicial review* son un mito: aunque permite el planteo de situaciones individuales de violación de derechos, para el momento en que esos casos llegan a las Cortes de Apelación, poco o nada queda del problema original. Sostiene, además, que los *Bills of Rights* promueven una interpretación formalista, que distrae a los tribunales en cuestiones secundarias respecto a cómo deben interpretarse esos textos, y que esto es especialmente problemático en el caso de países con constituciones antiguas. El resultado es que el desacuerdo de buena fe respecto del alcance de ciertos derechos queda relegado a la discusión de estas cuestiones que entiende secundarias⁹⁵.

Por último, plantea que el verdadero problema de las sociedades modernas es que pueden tener este tipo de desacuerdos y que esto no es producto de un problema de funcionamiento de las instituciones democráticas. Sostiene, en consecuencia, que en esta materia no es aconsejable un mecanismo de decisión final en manos de jueces que no tienen legitimidad democrática y que, paradójicamente, imponen sus valores morales a través de un mecanismo mayoritario (*judicial majoritarianism*)⁹⁶.

b) La respuesta de Fallon

Las críticas de Waldron fueron contestadas recientemente por Richard Fallon, Jr.⁹⁷. Fallon sostiene que, durante muchos años, la conveniencia del control judicial de constitucionalidad

⁹⁴ Waldron, "The Core...", pp. 1360 a 1362.

⁹⁵ Waldron, "The Core...", pp. 1379 a 1383.

⁹⁶ Waldron, "The Core...", p. 1391 y sgtes.

⁹⁷ Fallon es actualmente profesor de derecho constitucional de la Universidad de Harvard. Es autor, entre otros libros de *The Dynamic Constitution. An Introduction to American Constitutional Law*, Cambridge University Press, New York, 2004.

de las leyes estaba cómodamente asumida en la teoría política y constitucional norteamericana y que, por ende, no existía un debate serio acerca de si el *judicial review* debía que existir o no. Sin embargo, ahora las cosas han cambiado⁹⁸.

Fallon expresa cierta incomodidad con respecto a la mayoría de los argumentos que se esgrimen en favor de este instituto, ya que entiende que la preferencia de tener un número escaso de abogados con toga para resolver disputas sobre derechos individuales refleja un cierto elitismo implícito en las defensas tradicionales al *judicial review*. Sin embargo, aclara que eso no quiere decir que no considere que los jueces tienen ciertas ventajas institucionales para resolver este tipo de disputas⁹⁹.

En opinión de este autor, el de Waldron es el cuestionamiento más profundo que se haya hecho al *judicial review* y obliga a revisar su justificación. Sin embargo, cree que hay una falacia que debilita notoriamente la crítica: en el tipo de sociedades que plantea Waldron, donde hay desacuerdos de buena fe respecto del alcance de ciertos derechos, el *judicial review* no debe ser un sustituto del mecanismo legislativo, sino que tanto el Poder Legislativo como el Judicial tienen que estar alineados en defensa de los derechos fundamentales y ambos poderes tienen que tener la facultad de poder vetar legislación que razonablemente se entienda como violatoria de esos derechos. Desde la perspectiva moral, entonces, si el *judicial review* reduce la posibilidad de que los derechos más importantes sean infringidos resultaría que, en lugar de disminuir, su legitimidad aumentaría¹⁰⁰.

⁹⁸ Fallon, Jr., Richard H., "The Core of an Uneasy Case for Judicial Review", en *Harvard Law Review*, Tomo 121, p. 1694 (2008). Aclaremos al lector que no compartimos todos los fundamentos de Fallon, Jr., sino que nos limitamos a presentarlos tal como los desarrolla en su trabajo.

⁹⁹ Fallon, Jr., "The Core of an Uneasy Case...", p. 1697.

¹⁰⁰ Fallon, Jr., "The Core of an Uneasy Case...", p. 1699. El argumento de Fallon no es original. Fue expuesto anteriormente por Frank B. Cross (ver "Institutions and Enforcement of the Bill of Rights", en *Cornell Law Review*, Tomo 85, p. 1529 [2000]).

El autor citado cuestiona otro argumento central de Waldron: el hecho que sea posible un desacuerdo razonable y de buena fe acerca del alcance de ciertos derechos, no implica necesariamente que una institución alcance resultados más correctos que otra. Entonces, el punto no pasa por determinar quién está mejor preparado para definir qué derechos deben ser protegidos en caso de desacuerdo, sino qué tipo de errores es mejor evitar: aquellos cuyo resultado sea la sobreprotección de un derecho o, en su defecto, aquellos que resulten en una violación de ese derecho¹⁰¹.

Según Fallon, el hecho de que existan múltiples controles sobre las acciones potencialmente violatorias de derechos, brinda mayor protección y mejores resultados que dejar librada la cuestión solamente al Congreso. En sociedades como las que plantea Waldron, la legitimidad del control judicial de constitucionalidad estribaría en que, cuando tanto el Congreso como el Poder Judicial consideran que una determinada acción puede violar un derecho, se pueda impedir que el gobierno la lleve adelante¹⁰².

En cuanto a la objeción acerca de la supuesta ilegitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad, Fallon divide su análisis en dos: por una parte, analiza las posibles objeciones de Waldron ya no a este instituto, sino a la existencia misma de los *Bills of Rights*, esto es, a la legitimidad de la constitucionalización de derechos que quedan posteriormente fuera del alcance de una mayoría determinada. Por el otro, analiza la situación de la legitimidad de la existencia de estos derechos, sumada a la constitucionalización del *judicial review*. Fallon sugiere que, aunque Waldron no lo diga expresamente, está en contra de todo tipo de constitucionalización de derechos. Sin

¹⁰¹ Fallon, Jr., "The Core of an Uneasy Case...", pp. 1703 y 1704.

¹⁰² Fallon, Jr., "The Core of an Uneasy Case...", p. 1706. Sin embargo, Fallon reconoce que su argumento sobre los vetos múltiples puede ser inaplicable en casos en que el Legislativo dicte leyes para favorecer un determinado grupo de ciudadanos, sin afectar los derechos fundamentales de los demás (op. cit., p. 1712).

embargo, observa que Waldron incurre en una contradicción cuando afirma que el bicameralismo tiene legitimidad y puede servir como un freno a posibles patologías mayoritarias: si, desde la perspectiva democrática, el bicameralismo es un instituto aceptable para la protección de derechos, ¿cuál podría ser la objeción desde esa misma perspectiva por el hecho de que ciertos derechos sean puestos más allá del alcance de una mayoría circunstancial?¹⁰³.

Para Fallon, la única forma válida de medir la legitimidad de un régimen político determinado es vía un análisis de conjunto, y no uno parcializado. Sostiene que aun cuando uno de sus elementos (en este caso, el *judicial review*) carezca de legitimidad democrática, el régimen político en su conjunto puede no obstante gozar de legitimidad. Y concluye que la constitucionalización de este instituto puede ser una medida válida para evitar incurrir en desvíos y patologías posteriores y, de esta forma, asegurar la legitimidad de ese régimen político¹⁰⁴.

Conclusión

El repaso general del debate académico que se viene llevando a cabo en los Estados Unidos acerca del *judicial review*, así como la revisión particular de sus capítulos más recientes, nos permite vislumbrar un claro sesgo ideológico en gran parte de las posturas radicales que rechazan este instituto y proponen su eli-

¹⁰³ Fallon, Jr., “The Core of an Uneasy Case...”, pp. 1722 y 1723.

¹⁰⁴ Fallon, Jr., “The Core of an Uneasy Case...”, pp. 1726 y 1727. Finalmente, el autor aclara que su análisis no sirve para justificar el *judicial review* en cuestiones estructurales como federalismo y separación de los poderes y que, si bien tampoco lo contradice, resulta necesario desarrollar argumentos específicos para ese fin (Fallon, Jr., “The Core of an Uneasy Case...”, pp. 1729 y 1730).

minación. La propuesta es más bien sencilla: si no me gusta la jurisprudencia de la Corte, hay que abolir el *judicial review*¹⁰⁵.

Lejos de atenuarse, es probable que en el futuro esta discusión se mantenga firme y que algunas posturas extremas se radicalicen aún más: las designaciones de John Roberts y Samuel Alito en la Corte Suprema contribuirán, sin lugar a dudas, a acentuar el perfil conservador de sus fallos, ya que estas designaciones responden a una estrategia deliberada de reforzar la ideología conservadora de la Corte Rehnquist¹⁰⁶. Casos como “District of Columbia v. Heller”¹⁰⁷, que fijó un criterio amplio de interpretación respecto del derecho a poseer armas contemplado en la Segunda Enmienda, constituyen una prueba reciente del perfil ideológico de la Corte Roberts. Esto nos sugiere que, muy posiblemente, se agravará el rechazo al control judicial de constitucionalidad que la corriente académica mayoritaria de tinte progresista ha puesto de manifiesto en los últimos años.

Sin embargo, este tipo de ciclos en la teoría constitucional estadounidense nos ayudan a poner la “dificultad contramayoritaria” en perspectiva. Como nos recuerda Friedman, en los últimos cien años hubo dos posiciones centrales respecto del *judicial review*: para unos, dado su carácter contramayoritario, se trataba de una institución inaceptable en un sistema democrático. Para otros, se trataba de un elemento central del sistema de gobierno norteamericano, indispensable para proteger los derechos y libertades fundamentales de los posibles desvíos en que incurra la mayoría.

¹⁰⁵ Esta postura queda expresada en un *foreword* inusualmente crítico, en el que Larry Kramer parece arengar a la comunidad académica: “La Corte ha tomado su cuota de poder. La pregunta es: ¿vamos a dejar que se salgan con la suya?” (Kramer, “We the Court”, p. 169).

¹⁰⁶ Al respecto, sugerimos consultar la obra de Crawford Greenburg, Jan, *Supreme Conflict. The Inside Story of the Struggle for Control of the United States Supreme Court*, Penguin Books, New York, 2008.

¹⁰⁷ 128 S. Ct. 2783 (2008). El fallo es del pasado 26 de junio de 2008 y fue decidido por una mayoría de 5 a 4. Estamos seguros que este fallo será objeto de exhaustivo estudio y discusión, en especial en relación con el método originalista de interpretación al que parecen recurrir tanto la mayoría como la disidencia.

La primera posición reflejaba una crítica; la segunda, una justificación. Lo curioso es que progresistas y conservadores han sostenido una u otra postura en diferentes épocas, dependiendo de la reacción del autor frente al momento político determinado que le tocaba vivir¹⁰⁸.

Teniendo en cuenta el contexto en que se desarrolla el debate académico que hemos descrito, nos queda claro que, a pesar de todos los cuestionamientos que se le formulan, el control judicial de constitucionalidad de los actos de los poderes Legislativo y Ejecutivo, junto con las diversas protecciones que la Constitución brinda al Poder Judicial, continúan siendo elementos fundamentales del Estado Constitucional de Derecho. Y es que, como explica Barnett, la confianza en los jueces resulta inevitable en un sistema constitucional en que se faculta solamente a éstos para interponerse entre los ciudadanos y las facciones mayoritarias y minoritarias que operan a través del gobierno representativo: cuando la legislación avanza sobre las libertades, solo la revisión de jueces imparciales puede garantizar la protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos¹⁰⁹. Finalmente, coincidimos una vez más con Friedman quien afirma que, lejos de tener carácter contramayoritario, el *judicial review* ayuda a encarrilar y promover la discusión de cuestiones constitucionales a través de un diálogo institucional más ordenado¹¹⁰.

Si consideramos la turbulenta historia que afectó a nuestras instituciones durante gran parte del Siglo XX, y en especial el sometimiento y manipulación que se infringió al Poder Judicial, en

¹⁰⁸ Friedman, Barry, "The Cycles of Constitutional Theory", en *Law and Contemporary Problems*, Tomo 67, p. 150 (2004).

¹⁰⁹ Barnett, Randy E., *Restoring the Lost Constitution. The Presumption of Liberty*, Princeton University Press, New Jersey, 2005, p. 266.

¹¹⁰ Friedman, Barry, "The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review", en *University of Cincinnati Law Review*, Tomo 72, pp. 1290 a 1295 (2004). Friedman sugiere que existe una relación entre la actuación de la Corte Suprema y la opinión pública que, aunque no es de estricta inmediatez, terminan confluyendo en el largo plazo.

general, y a la Corte Suprema, en particular, respecto de los poderes políticos (tanto de *iure* como de *facto*), resulta claro que nuestro país no sólo necesita el *judicial review*, sino que requiere jueces verdaderamente independientes que adopten un rol más activo en la protección de los derechos constitucionales. No se trata de confiar en “la omnisciencia de vigías superdotados” como afirmaba Oyhanarte en forma peyorativa¹¹¹, sino de lograr que los jueces recuperen el lugar que algún día supieron ocupar en nuestro sistema constitucional y que les fue arrebatado ilegítimamente por la violencia de unos y la cobardía de otros. Sostener lo contrario sería equivalente a pretender que el Poder Judicial mantenga el rol de órgano inferior y dependiente respecto de los otros poderes, carácter que ha exhibido en los últimos 60 años y que explica, en parte, la actual decadencia institucional de la República Argentina.

¹¹¹ Oyhanarte, Julio C., “Poder Político y Cambio Estructural en la Argentina. Un Estudio sobre el Estado de Desarrollo”, en *Julio C. Oyhanarte. Recopilación de sus Obras*, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 68.