

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
ESTUDIO INTRODUCTORIO	13
AGRADECIMIENTOS	27
INTRODUCCIÓN: LA PARADOJA DE NUESTRA PRÁCTICA CONSTITUCIONAL	31
CAPÍTULO I. TEORÍAS DE NUESTRA PRÁCTICA CONS- TITUCIONAL	41
1. Qué podemos esperar de una teoría de nuestra práctica cons- titucional.....	41
2. Teorías de agencia y teorías de colaboración sobre la prác- tica constitucional.....	43
3. La agencia pura: el originalismo	44
4. La agencia moderada: las teorías «reticentes»	45
5. La colaboración pura: las teorías basadas en la justicia.....	46
6. La colaboración moderada: teorías democraticistas	48
7. Un espectro de teorías	49
8. ¿Somos todos partidarios de teorías basadas en la justicia?.	50
9. ¿Somos todos partidarios de las teorías de agencia?.....	52
10. De vuelta al núcleo de la cuestión	54
CAPÍTULO II. LOS JUECES COMO AGENTES DEL PASADO: EL ORIGINALISMO	55
1. Legislación	56
2. La Constitución	59
CAPÍTULO III. EL CONTEXTO HISTÓRICO DE LA RATI- FICACIÓN COMO COMPLEMENTO ORIGINALISTA DEL TEXTO	65

	Pág.
CAPÍTULO IV. TRES INTENTOS DE SALVACIÓN: DÉBIL, INTERMEDIO Y ROBUSTO	79
1. Una constitución originalista parsimoniosa.....	79
2. El originalismo modesto	81
3. Las teorías «reticentes»	83
CAPÍTULO V. INTRODUCCIÓN A LA IDEA DE COLABORACIÓN: LA TEORÍA SOBRE NUESTRA PRÁCTICA CONSTITUCIONAL BASADA EN LA JUSTICIA	89
1. Defensa de la teoría basada en la justicia	89
2. Las virtudes estructurales del proceso judicial	91
3. El artículo V de la Constitución, la justicia y el poder constituyente	94
4. Los obstáculos conceptuales a la teoría basada en la justicia	95
4.1. El persistente déficit moral de nuestra doctrina constitucional	95
4.2. El estatus problemático del artículo V de la Constitución	99
4.3. Democracia	100
CAPÍTULO VI. LA DELGADEZ DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Y LA TESIS DE LA INFRA-APLICACIÓN JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN	101
1. El déficit moral del derecho constitucional	101
2. La distinción entre la Constitución y su aplicación judicial ...	103
CAPÍTULO VII. LA RELEVANCIA CONCEPTUAL DE LA TESIS DE LA INFRA-APLICACIÓN JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN	109
1. La tesis de la infra-aplicación y el derecho a un bienestar mínimo	110
2. La infra-aplicación judicial y el poder legislativo	117
2.1. El caso <i>Jones v. Alfred</i> y la infra-aplicación judicial de la Constitución en cuanto a los remedios	119
2.2. La Sección 5 y la infra-aplicación judicial de la Constitución en cuanto a los remedios	123
2.3. La Sección 5 y la infra-aplicación sustantiva	127
2.4. Posdata	136
3. La revisión de los términos del discurso constitucional	138

	<u>Pág.</u>
CAPÍTULO VIII. EL ÁMBITO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL	141
1. La permanente necesidad de límites	141
2. Los modelos democráticos y el ámbito de la justicia constitucional	144
3. Las cargas que lleva aparejada la pertenencia a una comunidad política	148
4. El ámbito de la justicia constitucional y nuestra tradición constitucional	161
CAPÍTULO IX. LA LÓGICA DE LA GÉNESIS DE UNA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA	169
1. La génesis de la Constitución	169
2. Las lecciones derivadas de la génesis constitucional	172
3. Reforma constitucional y cambio	176
4. El establecimiento inicial de las reglas de votación	178
5. El proceso de constitución de «el pueblo»	181
6. ¿Un cambio de reglas?	186
7. El artículo V y «el pueblo»	188
8. La Constitución democráticamente deficiente: las respuestas a la crisis	191
9. De nuevo sobre la paradoja de la génesis de la Constitución	194
CAPÍTULO X. LA DEMOCRACIA Y LA CONSTITUCIÓN BASADA EN LA JUSTICIA	197
1. El escepticismo hacia los jueces	198
2. Restricción democrática e integridad deliberativa	208
3. El artículo V, la rigidez constitucional y la democracia	214
4. La tesis instrumental a favor de la participación electoral ...	218
CONCLUSIÓN	221
BIBLIOGRAFÍA	225

ESTUDIO INTRODUCTORIO

Es para mí un gran honor escribir este breve estudio, para presentar al lector de habla española el libro de Lawrence SAGER, *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*. SAGER es un reputado constitucionalista estadounidense que inició su carrera docente en 1966 en la facultad de derecho de la *University of California at Los Angeles*, pasando luego a enseñar en la *New York University* (desde 1972 hasta 2002). El enorme prestigio que ha adquirido esta universidad, tanto en teoría del derecho como en teoría constitucional, se debe, sin duda, a la gran aportación del profesor SAGER. Por el seminario que dirigió en Nueva York pasaron los mejores constitucionalistas del país, cuyas ideas y propuestas fueron rigurosamente analizadas y sometidas a debate. Desde el año 2002 es profesor en la *University of Texas at Austin*, donde recientemente, en el mes de mayo de 2006, ha sido nombrado decano.

La obra que ahora se presenta al lector, y cuya versión original en inglés se publicó en el año 2004, supone la culminación de un largo proceso de maduración de ideas por parte del profesor SAGER, en torno a la justificación del papel de los jueces en el sistema constitucional de los Estados Unidos. En efecto, desde que en el año 1978 apareció publicado, en el número 91 de la *Harvard Law Review*, su importante artículo «Fair Measure: The Legal Status of Underenforced Constitutional Norms», SAGER ha ido exponiendo en varios trabajos sus principales tesis acerca de cuestiones básicas a las que debe hacer frente una teoría completa de la justicia constitucional. Lo que hace ahora en este libro es integrar todas esas piezas en un todo coherente.

Como es sabido, existe en los Estados Unidos un intenso debate, rico en matices y nunca cerrado, acerca de la razón de ser de la supremacía constitucional en materia de derechos, y acerca de la legitimidad del papel de los jueces como intérpretes de esos derechos frente a las decisiones adoptadas por las autoridades políticas, entre ellas el legislador democrático. Desde que, en la época moderna, Alexander BICKEL hablara de la «dificultad contra-mayoritaria», para expresar la objeción democrática en contra del control judicial de constitucionalidad de la ley, son muchos los autores que tratan de ofrecer teorías para justificar y reforzar esta institución frente al embate democrático¹. Entre las muchas obras y artículos que se han escrito en el contexto de este debate, van despuntando una serie de autores (así, Alexander BICKEL, John ELY, Robert BORK, Ronald DWOR-KIN, Bruce ACKERMAN), en torno a los cuales se pueden agrupar las grandes líneas de pensamiento. No hay duda de que dentro de este canon hay que incluir la obra de SAGER².

El libro, como se comprueba fácilmente, no es de una gran extensión. A primera vista, puede parecer extraño que una obra de relativa brevedad pretenda ofrecer una teoría más o menos completa acerca de la práctica constitucional de los Estados Unidos. Sin embargo, es difícil encontrar en la bibliografía constitucional norteamericana una obra tan exhaustiva desde la perspectiva teórica. Y es que el autor se enfrenta directamente a las grandes cuestiones, presenta los modelos fundamentales a partir de los cuales cabe ofrecer respuestas a las mismas, analiza con rigor intelectual las redes de argumentos y contra-argumentos que se asocian a cada modelo, y defiende finalmente una determinada propuesta. A lo largo de su exposición, SAGER comenta críticamente las tesis de diversos autores, y utiliza casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos para anclar la discusión teórica. En este sentido, los diversos modelos que SAGER presenta para organizar la discusión no son artificiales, sino que captan de manera ade-

¹ La expresión de Bickel aparece en BICKEL, 1962: 16.

² En España, la reflexión de los juristas acerca de estos problemas no ha sido tan profunda, y ha tenido como referencia el debate norteamericano. La obra de GARCÍA DE ENTERRÍA, 1983, ya dio unas primeras pistas acerca de la relevancia de la controversia americana acerca del papel de los jueces y sus interpretaciones en una democracia constitucional. Una exposición de doctrinas americanas la ofreció también el libro de la misma época de ALONSO GARCÍA, 1984, así como el artículo de BAYÓN, 1985. De la concreta controversia acerca del originalismo en la doctrina americana se han ocupado monográficamente varios autores, entre los que destacan BELTRÁN DE FELIPE, 1989, y DE LORA DELTORO, 1998. Entre las obras que tratan de manera directa la cuestión de la legitimidad democrática del control de constitucionalidad de la ley, cabe mencionar: GARGARELLA, 1996; FERRERES COMELLA, 1997; y, más recientemente, AHUMADA RUIZ, 2005. En general, los filósofos del Derecho se han ocupado de esta problemática con mayor atención que los constitucionalistas. Una excelente y actualizada presentación del problema y de las tesis en liza, con una buena crítica de las teorías favorables al control de constitucionalidad, se puede encontrar en el artículo de BAYÓN, 2004: 67-138. Para una visión filosófica general de los problemas que plantea la interpretación constitucional, véase MORESO, 1997.

cuada las principales tesis que han sido efectivamente propugnadas por diversos constitucionalistas, y cuya relevancia práctica, a los efectos de resolver de un modo u otro los casos que llegan a los tribunales de justicia de los Estados Unidos, es indudable. Pero SAGER no se pierde nunca en detalles secundarios. Su ambición es exponer con la máxima claridad el panorama de posibilidades teóricas, y examinar con profundidad las razones que cabe aducir a favor y en contra de cada una de ellas.

Como deja claro desde el primer capítulo, SAGER desea articular y defender una determinada manera de entender la práctica constitucional de su país, los Estados Unidos. Su pretensión es iluminar esta práctica: mostrar por qué es valiosa, por qué puede ser defendida frente a posibles objeciones, y qué reformas habría que introducir para maximizar su atractivo normativo. La teoría de SAGER hay que contextualizarla, pues, dentro de la práctica y el debate norteamericanos. Pero, como indica el propio autor, las razones últimas en las que basa su teoría pueden extenderse a otros países, en el sentido de que pueden justificar la introducción en ellos de un esquema constitucional parecido al de los Estados Unidos, con las necesarias modificaciones y correcciones para adaptarse a tradiciones y circunstancias distintas. El autor insiste en que quiere ser modesto en este punto, y remite implícitamente al lector no estadounidense para que sea éste quien juzgue qué grado de utilidad puede tener su teoría a la hora de iluminar y mejorar la práctica constitucional de otros países.

En las primeras páginas, SAGER anuncia ya cuál es el modelo que va a defender y desarrollar: un modelo de la práctica constitucional que ve en ésta un medio para identificar y satisfacer los principios fundamentales de justicia. Para situar su propuesta dentro del debate constitucional norteamericano, SAGER agrupa las teorías alternativas en torno a una serie de modelos, los cuales se construyen a partir de determinadas preguntas.

Así, existe una primera gran cuestión que hay que afrontar: ¿deseamos que los tribunales se limiten a hacer efectivos los juicios normativos expresados por otros (el constituyente, el legislador) o, por el contrario, deseamos que recurran a sus propios juicios normativos acerca del contenido y alcance de los principios fundamentales de justicia? Esta pregunta da lugar a dos grandes modelos: quienes prefieren la primera alternativa abogan por lo que SAGER llama un modelo de «agencia» (pues los jueces aparecen como agentes o custodios de la voluntad de las autoridades políticas), mientras que los partidarios de la segunda alternativa se inscriben en el modelo de «colaboración» (pues los jueces no son meros agentes de las autoridades políticas, sino que aportan sus propios juicios normativos, colaborando así con aquéllas en una empresa común enderezada a lograr satisfacer los principios fundamentales de justicia). Existe un tercer modelo,

que SAGER juzga hasta cierto punto artificial (en el sentido de que no cree que haya alguien que lo defienda en serio): el modelo de «guarda o tutela», en el marco del cual los jueces harían efectivos sus juicios normativos de manera totalmente desvinculada de las autoridades políticas. Así, por ejemplo, el texto de la Constitución no supondría limitación alguna para los tribunales.

A su vez, los dos grandes modelos de «agencia» y de «colaboración» se subdividen internamente, en función de nuevas preguntas.

Con respecto al modelo de agencia, la pregunta es qué hacer con la presencia en la Constitución de cláusulas que expresan principios morales en términos abstractos (libertad religiosa, igualdad, debido proceso, etc.). Una posibilidad la ofrece el originalismo: hay que neutralizar esas cláusulas abstractas apelando a las intenciones más específicas que tuvieron los constituyentes. La otra posibilidad, que SAGER denomina «teoría reticente», consiste en admitir que es inevitable que, en esos casos, los tribunales tengan que recurrir a sus propios juicios normativos para poder atribuir contenido concreto a los principios morales abstractos. Pero la teoría reticente no celebra este resultado.

SAGER rechaza el modelo de agencia, y ofrece buenas razones, a lo largo de los capítulos II, III y IV para justificar su posición. Como es natural, SAGER tiene que dedicar considerable atención a las teorías originalistas, dado el enorme impacto que han tenido en los Estados Unidos entre los partidarios de una Corte Suprema menos activista (y más conservadora). Para el lector familiarizado con este debate, no sorprenderá que SAGER utilice ciertos argumentos para hacer frente al desafío originalista. Así, por ejemplo, nuestro autor se inspira en la distinción dworkiniana entre concepto y concepción para explicar por qué la fidelidad a la Constitución exige que los jueces recurran a juicios normativos propios, independientes de los juicios de los constituyentes acerca de cómo interpretar y aplicar los principios morales enunciados en el texto constitucional. Quizás en esta parte del libro el lector no encontrará grandes novedades teóricas. Aun así, SAGER enriquece este rincón del debate americano, aclarando ciertos puntos, ampliando los argumentos, y proyectándolos a nuevos territorios, para hacer frente a diversos autores que han ofrecido versiones más sofisticadas del originalismo o de teorías próximas en espíritu a los postulados de éste.

Rechazado, pues, el modelo de «agencia», SAGER examina el modelo de «colaboración». También aquí caben dos versiones distintas. La pregunta que provoca esta subdivisión interna es la relativa al ámbito de principios de justicia de los que se deben ocupar los tribunales al interpretar y hacer efectiva la Constitución. Para las teorías «democraticistas», los tri-

bunales deben limitarse a salvaguardar y mejorar las condiciones que hacen que el sistema político se pueda calificar de democrático. Para otras teorías, en cambio, esta limitación no está justificada. Al interpretar y aplicar la Constitución, los tribunales tienen que proteger, no sólo los principios que forman parte del ideal democrático, sino también principios externos a él.

SAGER apuesta por esta segunda versión. Los argumentos que ofrece para rechazar las tesis democraticistas son de gran interés. Hay que tener en cuenta que no sólo John ELY³, sino también Ronald DWORKIN⁴ puede ser clasificado dentro del modelo democraticista, pues también DWORKIN, según SAGER, incurre en un ejercicio de «judo conceptual», que consiste en tratar de dar respuesta a la objeción democrática en contra de la justicia constitucional a base de sostener que los jueces, al aplicar la Constitución, se limitan a proteger las «condiciones democráticas» que hacen legítimo el gobierno de la mayoría. SAGER muestra que esta pirueta no resuelve el problema.

Expuesto este panorama de teorías, SAGER puede presentar con claridad su propia postura, a favor de una teoría que da la bienvenida a los juicios normativos de los tribunales de justicia al interpretar y aplicar los principios morales enunciados en el texto constitucional, y que no circunscribe tales principios a la mera salvaguarda y promoción de las «condiciones democráticas» que dan legitimidad al régimen de mayorías. A partir de aquí, SAGER tiene que ir desarrollando y dando concreción a su teoría. En este punto, resulta crucial el capítulo V, pues en él pone encima de la mesa, con total honestidad, cuáles son los obstáculos con los que se enfrenta una teoría como la que propone. Primero, ¿por qué confiar en los juicios normativos de los tribunales? Segundo, ¿cómo explicar que la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de los Estados Unidos se haya preocupado tan poco de hacer efectivas ciertas exigencias (como la erradicación de la pobreza, o la remoción de prejuicios arraigados contra determinados grupos sociales) que fácilmente se extraen de cualquier teoría plausible acerca de los principios fundamentales de justicia? Tercero, ¿en qué medida es aceptable una Constitución tan rígida como la de los Estados Unidos, cuyo artículo V establece un procedimiento de reforma constitucional tan gravoso que hace muy difícil introducir cambios políticos que pueden estar respaldados por una mayoría de ciudadanos? Cuarto, ¿cómo justificar el enorme papel de los jueces constitucionales en un sistema que pretende ser democrático? A partir del capítulo V, SAGER despliega todos sus argumentos para dar respuesta a estos interrogantes.

³ ELY, 1980.

⁴ DWORKIN, 1996: 15-26.

El primero de ellos recibe una respuesta inicial en el propio capítulo V, respuesta que es retomada en momentos posteriores. En síntesis, SAGER estima que los tribunales de justicia presentan dos rasgos que son muy valiosos a los efectos de la tarea de interpretar y hacer efectivos los principios fundamentales de justicia. En primer lugar, la especialización: los tribunales, a diferencia del legislador, centran su atención en esos principios. Al igual que el inspector que debe verificar la calidad de fabricación de los coches, los tribunales se preocupan de verificar que las decisiones políticas respeten determinados principios de justicia, cuyo valor y peso hay que asegurar por encima de otras consideraciones. En segundo lugar, los tribunales, en los países del *common law*, actúan dentro de una cultura fuertemente marcada por la ética del precedente. Los tribunales, cuando tratan de sentar reglas y doctrinas que den concreción a los principios constitucionales, se someten a un test de coherencia. Lo que digan hoy con respecto a un problema les vinculará mañana cuando se tengan que pronunciar sobre otras cuestiones. Los tribunales tienen que construir reglas y doctrinas que, aplicadas de manera coherente a una diversidad de casos, presentes y futuros, reales u imaginarios, generen decisiones aceptables. La doctrina del precedente obliga a los jueces a encontrar un punto de equilibrio entre sus intuiciones de justicia en casos concretos, por un lado, y los principios generales que permiten justificar las decisiones alcanzadas en los casos particulares, por el otro⁵.

Una pregunta interesante que el lector se puede formular, desde la perspectiva del derecho comparado, es la siguiente: ¿qué ventajas e inconvenientes tiene la opción europea a favor de un Tribunal Constitucional, en los países del *civil law*? A la vista del primer argumento de SAGER, el que apela a la especialización, parecería que un Tribunal Constitucional es más valioso que los tribunales de justicia de un sistema de control difuso como el de los Estados Unidos, pues mientras que éstos deben ocuparse de todas las cuestiones jurídicas que plantea un caso, los Tribunales Constitucionales se centran en los principios constitucionales. Desde el punto de vista de la especialización, el modelo kelseniano es superior. El segundo argu-

⁵ La práctica angloamericana del precedente no siempre es suficientemente bien entendida entre nosotros. Por ejemplo, no es raro sostener que, en los países del *common law*, los tribunales inferiores pueden desviarse con facilidad de los precedentes de los tribunales superiores, o que éstos apenas se encuentran ligados por sus propios precedentes. No es éste el lugar adecuado para examinar los orígenes de esta confusión. Baste señalar que la doctrina del precedente tiene mucha mayor fuerza. Los realistas americanos de los años 30 introdujeron un correctivo a las tesis formalistas entonces en boga. Pero lo que en Estados Unidos fue un mero correctivo, entre nosotros se ha convertido, o así parece, en la prueba inequívoca de que, en los Estados Unidos y en otros países del *common law*, los tribunales pueden hacer lo que quieran con los precedentes establecidos. Una buena introducción al sistema del precedente en los Estados Unidos se encuentra en el libro de MAGALONI KERPEL, 2001. Por mi parte, he intentado trazar algunas diferencias entre la doctrina del precedente y el valor de la jurisprudencia en los países de la Europa continental en el capítulo 9 de FERRERES COMELLA, 2002: 207-231.

mento de SAGER, en cambio, parecería apuntar a favor del modelo difuso, y en contra de la concentración del control de constitucionalidad en un Tribunal Constitucional. El modelo difuso sólo puede funcionar adecuadamente a través de una fuerte presencia de la lógica del precedente, lo que obliga a los jueces a buscar el equilibrio reflexivo entre las reglas y las decisiones particulares. Un Tribunal Constitucional, en cambio, en la medida en que enjuicie la ley en abstracto y tenga el monopolio de control, puede sentirse más liberado del deber de coherencia, pues no se tiene que preocupar acerca de qué consecuencias extraerán de su doctrina otros tribunales (los ordinarios), a los efectos de controlar futuras leyes. Quede simplemente planteado este interrogante.

El segundo gran reto que la teoría de SAGER tiene que afrontar es el de cómo explicar que la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de los Estados Unidos no parezca ofrecer rastro alguno de una mínima preocupación por asegurar ciertos principios fundamentales de justicia cuya validez e importancia difícilmente se pueden excluir (como el derecho a un bienestar social mínimo, o la erradicación de prejuicios arraigados contra ciertas minorías raciales). Para dar respuesta a este problema, SAGER elabora y defiende un conjunto de tesis a lo largo de los capítulos VI, VII y VIII. Para entender esta parte de su teoría, es de capital importancia retener la distinción de SAGER entre tres círculos o ámbitos. El círculo mayor está definido por el conjunto de principios fundamentales de «justicia» que deben regir en una comunidad política. Dentro de este círculo mayor, existe un círculo más reducido, integrado por los principios «constitucionales» de justicia. Sólo una parte de los principios de justicia que deben regir la vida de una comunidad deben ser transformados en principios garantizados por la Constitución. Finalmente, existe un tercer círculo todavía más reducido: el formado por las normas constitucionales que resultan «plenamente aplicadas» por los tribunales de justicia. Pues, en efecto, no todos los principios garantizados por la Constitución son susceptibles de una tutela judicial que asegure su plena efectividad. Existen principios constitucionales que no son aplicados por los jueces, o que sólo lo son de manera marginal.

A mi juicio, uno de los méritos de SAGER es haber introducido en el discurso jurídico-constitucional la conciencia de la necesidad de diferenciar estas tres esferas. La distinción entre principios de justicia y principios constitucionales constituye un problema largamente debatido en el seno de la filosofía política. La obra del «segundo RAWLS», el RAWLS de *Political Liberalism*⁶, es un ejemplo de esta preocupación. El propio SAGER ha escrito interesantes comentarios a propósito de este aspecto de la refle-

⁶ RAWLS, 1993.

xión rawlsiana⁷. La propuesta de nuestro autor es, en síntesis, que la Constitución sólo debe proteger ciertos intereses básicos: igual pertenencia a la comunidad; gobierno procesalmente justo y abierto; oportunidad de prosperar; e independencia individual. Estos intereses se concretan en principios constitucionales que deben ser duraderos, sobrios y susceptibles de una aplicación relativamente clara. Es decir, deben ser relativamente categóricos, y no estar sujetos, por tanto, a una constante ponderación con otras consideraciones e intereses. Esta tesis, que SAGER expone y justifica a lo largo del capítulo VIII, es sumamente iluminadora. Es especialmente relevante para el debate acerca de la posibilidad y límites de la teoría de la ponderación en materia de derechos fundamentales. Aunque SAGER no lo explicita claramente en este libro, es obvio que no es muy amigo de la técnica judicial del *balancing*. Ciertamente, los preceptos constitucionales pueden tener que ceder, en casos extremos, frente a otras consideraciones e intereses, pero deben mantener un fuerte y amplio núcleo del que derivan reglas categóricas.

La otra distinción, entre principios constitucionales y principios susceptibles de aplicación judicial plena, es una de las grandes contribuciones de SAGER, desde que la expusiera en 1978 en su magistral artículo «Fair Measure», ya citado. El alcance conceptual de las normas constitucionales no es coextensivo con el alcance de la doctrina a través de la cual los jueces hacen efectivas esas normas. La razón de esta brecha entre la Constitución «en sí» y la Constitución «aplicada por los jueces» es de índole institucional: la plena efectividad de determinados preceptos constitucionales exige la intervención de las autoridades políticas, pues sólo ellas pueden asumir la responsabilidad de adoptar las estrategias sociales adecuadas para lograr la realización de tales preceptos. Esta distinción, que puede parecer obvia, tiene sin embargo importantes consecuencias a la hora de explicar la doctrina constitucional elaborada por la Corte Suprema de los Estados Unidos. Ocurre, en efecto, que ciertas decisiones de la Corte Suprema constituyen extrañas «anomalías», difíciles de explicar si uno ignora la distinción entre el alcance de la norma y el alcance de su aplicación judicial. Si esta distinción se tiene en mente, en cambio, esos casos aparentemente anómalos dejan de serlo. SAGER expone su tesis de la «infraaplicación judicial» de la Constitución en el capítulo VI, y dedica el capítulo VII, mucho más extenso, a demostrar el rendimiento intelectual de esta tesis para resolver las aparentes anomalías de la doctrina jurisprudencial. Inevitablemente, el autor tiene que descender aquí al análisis detallado de los hechos de los casos que cita, y de los razonamientos empleados por la Corte. El lector que no esté familiarizado con la doctrina constitucional de los Estados Unidos puede encontrarse con cierta difi-

⁷ Así, SAGER, 2004 (Symposium: RAWLS and the Law).

cultad en algunos puntos del discurso de SAGER en este capítulo. La jurisprudencia norteamericana es famosa por su sofisticación doctrinal: existen una serie de tests y cánones de enjuiciamiento que establecen la necesaria mediación entre el texto constitucional y las decisiones alcanzadas en los casos concretos. Para poder apreciar plenamente la utilidad de la tesis de SAGER relativa a la infra-aplicación judicial, es necesario conocer mínimamente estas estructuras doctrinales, de cierta complejidad técnica. Si el lector se pierde en algún punto de este capítulo, no debe desanimarse, pues SAGER retomará su discurso más general de inmediato, en los capítulos VIII, IX y X. En todo caso, es comprensible que nuestro autor haya querido detenerse en el análisis de casos concretos para exhibir sus pruebas de que, en efecto, la tesis de la infra-aplicación tiene relevancia práctica para entender mejor (y, en su caso, criticar mejor) las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

El capítulo IX afronta el tercer problema anunciado por SAGER: cómo justificar la extraordinaria rigidez de la Constitución norteamericana. El artículo V, al exigir la aprobación de las enmiendas constitucionales por mayoría de 2/3 de ambas cámaras del Congreso y su ratificación por 3/4 de los Estados, hace muy difícil la reforma. SAGER elabora sus tesis, en gran medida, en el contexto de su crítica a la teoría de Bruce ACKERMAN⁸. Este profesor de Yale ha sostenido que es posible reformar la Constitución americana a través de un procedimiento distinto del previsto en el artículo V. Un movimiento político, respaldado por una mayoría suficiente de ciudadanos tras una intensa deliberación, puede crear nuevos principios constitucionales que impliquen una reforma de la Constitución vigente, sin utilizar la vía formal de una enmienda textual aprobada por el cauce previsto en el artículo V. SAGER se enfrenta, pues, a ACKERMAN, y lo hace a través de un largo y rico razonamiento en el que defiende las ventajas de la rigidez constitucional. Dos ideas sobresalen en este capítulo. En primer lugar, SAGER sostiene que la rigidez constitucional tiene un efecto beneficioso anticipado: quienes redactan una Constitución (o una reforma constitucional) van a actuar de mejor modo si saben que sus decisiones serán difíciles de revertir en el futuro. Concretamente, tenderán a formular principios que puedan ser aceptados por personas situadas en circunstancias diversas, pues no sólo su generación, sino también las generaciones posteriores (sus hijos y nietos) se verán afectadas por la misma, y lo serán en circunstancias diversas, difíciles de predecir. Es decir, la rigidez constitucional empuja a los constituyentes en una dirección favorable a la imparcialidad. En segundo lugar, SAGER expone buenos argumentos para sostener que la regla de la supermayoría puede estar justificada en ciertos

⁸ Las tesis ACKERMAN se recogen, sobre todo, en ACKERMAN, 1991.

contextos. Las ventajas asociadas a la regla de la mayoría simple pueden tener que ceder en favor de otras consideraciones.

Queda, por fin, el último gran problema, el de la compatibilidad entre la justicia constitucional y el principio democrático. SAGER trata este tema (en el capítulo X) en el contexto de su crítica a las tesis de Jeremy WALDRON, por un lado, y de Richard FALLON, por el otro. El primero ha irrumpido con fuerza en el debate americano acerca de la legitimidad de la justicia constitucional⁹. WALDRON entiende, en efecto, que no hay ninguna razón instrumental que permita sostener que los jueces acertarán más veces que los legisladores a la hora de identificar y aplicar los principios fundamentales de justicia política; y que, en consecuencia, debemos preferir el procedimiento que sea más valioso por razones intrínsecas. Ese procedimiento es el de la decisión mayoritaria adoptada por los ciudadanos o sus representantes parlamentarios. La regla de la mayoría, en efecto, es la que mejor respeta el derecho a la igualdad en el plano político.

SAGER elabora un interesante argumento para socavar la fuerza de la objeción de WALDRON. Según SAGER, existen dos modalidades de participación de los ciudadanos en el proceso de discusión acerca de los derechos fundamentales: la electoral y la deliberativa. Un país que incluya entre sus instituciones de gobierno un mecanismo de justicia constitucional se basa en una concepción enriquecida de la igualdad, pues, al lado de los procesos electorales a través de los cuales los ciudadanos participan en la toma de decisiones acerca de los derechos, existe otro proceso, ante los tribunales, que ofrece la siguiente ventaja: promete a los ciudadanos que sus pretensiones de justicia en materia de derechos fundamentales serán examinadas con cuidado, y recibirán una respuesta motivada, a partir de un esquema de principios, con independencia del poder que les respalde. Aunque quien reclame pertenezca a una minoría poco popular, o sea un solo individuo, o no tenga mucho dinero o fuerza política en que apoyarse, tiene derecho a que su pretensión de justicia sea tratada con atención. Este aspecto de la lógica de la deliberación, la exigencia de dar respuesta con razones a las tesis y razones de los demás, se encuentra mejor institucionalizado en un tribunal de justicia que en una asamblea legislativa.

Por su parte, Richard FALLON¹⁰, sin llegar a cuestionar la legitimidad de la justicia constitucional, ha propuesto que los tribunales, al interpre-

⁹ La principal obra de WALDRON sobre este tema es WALDRON, 1999. En un artículo más reciente, posterior a la publicación del libro de SAGER, WALDRON retoma la cuestión de la legitimidad democrática de la justicia constitucional, clarificando su posición y dando respuesta a algunas de las críticas recibidas: WALDRON, 2006.

¹⁰ FALLON, 1997. Este artículo ha sido luego desarrollado en forma de libro: FALLON, 2001.

tar la Constitución a efectos de enjuiciar las decisiones de las autoridades políticas, deben tener en cuenta el grado de consenso o de disenso que exista en la sociedad en torno a la interpretación que pretenden establecer. SAGER tiene cosas interesantes que decir en respuesta a esta propuesta. En definitiva, estima que la integridad judicial resulta afectada si los tribunales incorporan el factor de la popularidad dentro de sus construcciones doctrinales. SAGER sugiere que, si hubiera que dar relevancia a este factor, es mucho más adecuado incorporarlo en el propio diseño del sistema de justicia constitucional, estableciendo mecanismos democráticos a través de los cuales las sentencias judiciales puedan ser neutralizadas. El derecho comparado ofrece varias alternativas, desde el mecanismo clásico de la reforma constitucional (cuya dificultad puede ser mayor o menor), hasta fórmulas más modernas, como la cláusula *non obstante* canadiense, o la declaración de incompatibilidad del actual derecho inglés, bajo la *Human Rights Act* de 1998. Este tipo de soluciones tiene la ventaja, según SAGER, de que no afectan a la integridad judicial. Es mejor que haya cauces para la respuesta política frente a las interpretaciones constitucionales de los tribunales, a que sean éstos los que integren directamente el factor de la popularidad en sus construcciones doctrinales.

Hasta aquí, brevemente expuestas, las principales cuestiones que SAGER examina en su libro. Un libro que, podríamos decir, está penetrado de un fuerte optimismo en la bondad del instituto del control de constitucionalidad de la ley, y de la versión norteamericana del mismo. En los últimos años, como consecuencia del giro conservador bajo la presidencia del juez William REHNQUIST (1986-2005), la Corte Suprema ha sido objeto de críticas por parte de los sectores progresistas de la academia¹¹. Uno de los méritos de SAGER es que mantiene sus tesis favorables al control de constitucionalidad por encima de los vaivenes ideológicos de la Corte. Como progresista, se lamenta por las decisiones de la Corte que, a su juicio, no interpretan correctamente los principios fundamentales de justicia. Pero mantiene sus razones básicas, expuestas en este libro, para confiar en el papel constitucional de los jueces. Esta actitud me parece digna de elogio, pues es demasiado frecuente entre los autores optar por una u otra teoría constitucional en función del dato contingente relativo a la composición ideológica de los tribunales y del contenido concreto de la jurisprudencia que establecen. Ciertamente, una teoría constitucional no puede ser indiferente a las tendencias ideológicas de largo alcance que acompañan a un determinado diseño constitucional, pero sí debe pretender validez por encima de los accidentes políticos más inmediatos.

¹¹ Quizás el libro más significativo, dentro de la nueva ola de críticas al control judicial desde el bando progresista, es el de TUSHNET, 1999.

De todos modos, SAGER no se resiste a mencionar una decisión de la Corte Suprema que, con razón, juzga de enorme importancia para reforzar su optimismo, desde un punto de vista progresista: la decisión en el caso *Lawrence v. Texas*¹², que protege, como parte del derecho a la privacidad, la libertad sexual entre personas del mismo sexo. SAGER llega a decir que cabe considerar que ésta es la decisión más importante de la Corte Suprema desde *Brown v. Board of Education*¹³, que puso fin al principio de segregación por razón de raza en las escuelas públicas. Si ello es así, los europeos tenemos una razón para estar satisfechos, pues en el caso *Lawrence*, por primera vez, la Corte Suprema cita jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para apoyar su nueva interpretación del derecho a la privacidad. A propósito de esta decisión (y otras parecidas) existe un debate abierto en los Estados Unidos, tanto entre la doctrina como en el interior de la propia Corte, acerca de la relevancia de los argumentos de derecho comparado para interpretar la Constitución de los Estados Unidos. SAGER se suma plenamente a quienes defienden la tesis afirmativa.

Y es que, en el ámbito de sociedades liberal-democráticas que tienen que hacer frente a problemas similares, es mucho lo que unas y otras pueden aprender de sus respectivas experiencias. De la misma manera que defiende la relevancia de los argumentos de derecho comparado en los Estados Unidos, SAGER cree que la experiencia norteamericana con la institución de la justicia constitucional tiene algo que enseñar a otros países. Por ello, trata de ofrecer la mejor versión de la práctica constitucional de los Estados Unidos, sin ocultar sus limitaciones y fallos. El lector tiene, pues, en sus manos, un magnífico libro que mueve a la reflexión acerca de las posibilidades y límites de la justicia constitucional.

Víctor FERRERES COMELLA
Universitat Pompeu Fabra

¹² 123 S. Ct. 2472 (2003).

¹³ 347 U.S. 483 (1954).

INTRODUCCIÓN: LA PARADOJA DE NUESTRA PRÁCTICA CONSTITUCIONAL

Este libro trata principalmente de la Constitución de los Estados Unidos. Más exactamente, versa sobre la *práctica* constitucional de los Estados Unidos. Una Constitución, por sí sola, es únicamente un pedazo de papel, o un mito que los políticos invocan en tiempos en los que el debate está particularmente encendido. Lo interesante de una Constitución es lo que se hace con ella. En los Estados Unidos nos tomamos la Constitución en serio y se han desarrollado un conjunto de tradiciones e instituciones que la convierten en una parte significativa de nuestra vida política. Estas tradiciones e instituciones incluyen: la propia Constitución escrita; nuestra tradición relativamente robusta de control judicial en garantía de la Constitución; un legado de decisiones constitucionales adoptadas por el pueblo, expresadas en reformas constitucionales poco frecuentes y que emplean un lenguaje típicamente general y abstracto; y la amplia aceptación en nuestra cultura política del discurso constitucional como un cauce legítimo, a menudo el preferido, para plantear y resolver cuestiones fundamentales de justicia política. Todos éstos son elementos de nuestra práctica constitucional.

En el corazón de esta práctica existe una paradoja. Las diversas teorías sobre nuestra práctica constitucional difieren en relación con la importante cuestión acerca de si la Constitución contiene un conjunto de instrucciones esencialmente completo que los jueces deben seguir o si, por el contrario, los jueces deben tomar por sí mismos decisiones importan-

tes. De hecho, esta cuestión será un tema central de nuestra investigación en las páginas siguientes. Pero toda teoría plausible debe reconocer lo siguiente: en nuestra práctica, muchas decisiones constitucionales importantes se distribuyen de alguna manera entre dos grupos. Por un lado, está el poder constituyente, formado por individuos políticamente activos de las pocas generaciones que han participado en la adopción de la Constitución originaria o en la aprobación de cualquiera de sus reformas. Por otro lado, está el poder judicial, formado por las sucesivas generaciones de jueces que han decidido sobre cuestiones de importancia constitucional y, en particular, los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Ambos grupos provocan suspicacias. La problemática en relación con el poder constituyente es de sobra conocida. La mayoría de las cláusulas más importantes de la Constitución se adoptaron hace uno o dos siglos, y las generaciones que participaron en su redacción y ratificación hace tiempo que han desaparecido de la escena política. Sin más, es paradójico que sus decisiones constitucionales ejerzan un control tan firme sobre nuestra vida política contemporánea. El poder judicial provoca problemas similares: ¿por qué los jueces, que por definición están mucho menos sujetos al sentimiento político popular que la mayoría de los actores políticos, deberían tener la capacidad de revocar las decisiones de las autoridades electas o del público en general?

Está claro que ninguna comunidad puede empezar de cero cada mañana. Las instituciones públicas tienen que ser razonablemente estables para que la gente pueda desarrollar sus vidas con algún grado de garantía de que el gobierno puede gobernar. Con o sin Constitución escrita, una comunidad política tiene que llegar a un acuerdo sobre sus instituciones de gobierno, y es ventajoso poder vivir bajo los términos principales del acuerdo durante un período de tiempo razonablemente largo. Todas las comunidades políticas que han tenido éxito cuentan con elementos considerables de inercia. De hecho, podría decirse que, en este sentido, todas las comunidades políticas exitosas tienen Constituciones.

Pero lo que domina y distingue la actividad constitucional en los Estados Unidos no es sólo, ni siquiera principalmente, la preocupación por las instituciones básicas de gobierno. En el corazón de nuestra práctica se encuentran lo que podemos denominar las cláusulas constitucionales «garantes de libertad», cláusulas que no se ocupan tanto de la estructura de gobierno cuanto del contenido sustantivo de la acción gubernamental y de su relación con la pretensión legítima de los miembros de nuestra comunidad política de ser tratados justamente. Las cláusulas de libertad incluyen: el catálogo de derechos (*Bill of Rights*), en general, y las garantías de la libertad de expresión y religiosa de la Primera Enmienda, en particular; las disposiciones de la Enmienda XIII que prohíben la esclavitud; las garantías del

debido proceso y de la igualdad de todos los ciudadanos, de la Enmienda XIV; la distribución justa del derecho de voto, reiterada en las enmiendas XV, XIX y XXVI; y, dentro del texto original de la Constitución, la interdicción de leyes retroactivas y de leyes penales singulares.

Independientemente de lo persuasiva que pueda ser la afirmación relativa a la inevitable inercia de los elementos estructurales de gobierno, esta afirmación tiene poca fuerza cuando nos referimos a las materias importantes y a menudo controvertidas de las que se ocupan las cláusulas constitucionales garantes de libertad. Cada cultura política contiene a menudo profundas tradiciones en materia de justicia política. Pero, por su naturaleza, estas cuestiones exigen respuestas dinámicas, y no estáticas. Y aquí, por lo menos, la paradoja de nuestra práctica constitucional se manifiesta claramente: ¿por qué estamos dispuestos a aceptar que las decisiones sobre cuestiones fundamentales de justicia política sean tomadas por una combinación de mayorías constitucionales pasadas y tribunales contemporáneos?

Esta paradoja de nuestra práctica constitucional ha preocupado a varias generaciones de jueces constitucionales y académicos, pero nunca ha sido resuelta de manera satisfactoria. Debemos enfrentarnos seriamente al reto que plantea esta paradoja. La Constitución, después de todo, tiene un estatus único en nuestra vida política, y nuestra práctica constitucional es objeto de creciente admiración y emulación. Pero mientras nuestra práctica constitucional se ha convertido en una de nuestras exportaciones institucionales más importantes, su estatus en nuestro país es problemático. Se ha convertido en un lugar común que líderes políticos y personas comprometidas con diversas causas reaccionen de forma extrema y exagerada ante decisiones específicas de la Corte Suprema o líneas jurisprudenciales establecidas. Constantemente se formulan propuestas de reforma constitucional que afinarían las lecturas judiciales de nuestra tradición constitucional, propuestas que, si se tomaran seriamente, degradarían drásticamente el papel del juez, que consiste en concretar de manera estable los valores constitucionales. Los intentos de reforma en relación con la quema de la bandera y las plegarias en las escuelas son buenos ejemplos¹. En el

¹ Desde 1990, siguiendo los pasos de la sentencia de la Corte Suprema en *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 391 (1989), el Congreso ha estado barajando la posibilidad de proponer una enmienda que permita la prohibición de la quema de la bandera como forma de protesta política. En diversas ocasiones, la Cámara de Representantes ha votado por la requerida mayoría de dos tercios a favor de una «Enmienda para la Protección de la Bandera», pero el Senado ha negado reiteradamente el apoyo necesario de los dos tercios de sus miembros, aunque por un margen muy pequeño en una ocasión. De forma similar, desde la sentencia de la Corte en el caso *Engel. V. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962) que prohibía las plegarias oficiales en escuelas públicas, se han sucedido periódicamente diversos intentos de reformar la Constitución al servicio de una visión de la libertad religiosa sustancialmente contradictoria con la de la Corte.

contexto de estas controversias sobre la reforma constitucional, muy pocas voces se escucharon en favor de nuestra práctica constitucional como el medio general para obtener buenas respuestas a cuestiones fundamentales de justicia política. Muy pocos líderes políticos, cualquiera que fuera su posición en relación con la cuestión de fondo, expresaron lo que debería haber sido una objeción relevante, aunque no decisiva, a estas reformas constitucionales, a saber: que jugar con resultados constitucionales judicialmente aceptados es una práctica dudosa, tal vez peligrosa, en la que embarcarse.

Políticos y académicos que están en desacuerdo en muchas cosas han hecho una causa común de la demanda de revisiones radicales de nuestra práctica constitucional. Se han formulado propuestas más o menos serias para conceder al Congreso un veto legislativo sobre decisiones de la Corte Suprema, o incluso para abolir el control judicial. En un ámbito distinto, aunque relacionado, algunos académicos sostienen firmemente que las reglas aparentemente bien asentadas del artículo V para la reforma de la Constitución son indebidamente rigurosas, y que pueden ser sorteadas periódicamente por un electorado que tenga la suficiente determinación². El elemento común de estos síntomas de profundo malestar con el estado actual de cosas es la preocupación de que la práctica constitucional vigente es antidemocrática.

Por supuesto, nada de esto es nuevo: la Corte Suprema ha sido a menudo el blanco de ataques políticos, así como de críticas académicas un poco más benignas, y la acusación de que la Corte es una institución antidemocrática ha sido a menudo el arma elegida³. Pero a pesar de estas tormentas, en ocasiones furiosas, la Corte ha sobrevivido, y su papel en nuestra vida política parece seguro. Incluso algunos de sus críticos contemporáneos más enérgicos reconocen que es poco probable que sus quejas tengan efecto alguno sobre su funcionamiento⁴.

De todos modos, tenemos el deber para con nosotros mismos, y para con quienes se inspiran en nuestro ejemplo como guía, de intentar entender mejor los fundamentos conceptuales de lo que hacemos. Está en juego

² Bruce ACKERMAN y Akhil REED AMAR han argumentado que los intentos de reformar la Constitución a través de procesos distintos de los previstos en el artículo V son válidos. Me ocuparé de sus argumentos en el capítulo IX, titulado «La lógica de la génesis de una Constitución democrática».

³ Barry FRIEDMAN ha documentado exhaustivamente la historia de estas objeciones a la actuación de la Corte. Véase, FRIEDMAN, 2000: 971; FRIEDMAN, 1998: 333.

⁴ Jeremy WALDRON es un ejemplo destacado dentro de la escuela de quienes piensan que es demasiado tarde para que los Estados Unidos vean la luz y cambien el rumbo de su práctica constitucional. Sus argumentos en contra de la práctica del control judicial bajo la Constitución se presentarán y discutirán en el capítulo X, titulado «La democracia y la Constitución basada en la justicia».