

Luís Roberto Barroso^{*}

Contramayoritario,
representativo e iluminista:
**Las funciones de los tribunales
supremos y los tribunales constituciona-
les en las democracias contemporáneas**^{**}

- * Ministro del Supremo Tribunal Federal. Profesor Titular de la Universidad del Estado de Río de Janeiro - UERJ. Master en Derecho, Yale Law School (1989). Doctor en Derecho, UERJ (1990). Visiting Scholar, Harvard Law School (2011). Senior Fellow, Harvard Kennedy School.
- ** El presente texto es la traducción del artículo originalmente publicado en: "Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The Roles of Constitutional Courts in Democracies", *The American Journal of Comparative Law*, Volumen 67, Issue 1, marzo 2019, Pag. 109-143, <https://doi.org/10.1093/ajcl/avz009>

Abstract

El propósito principal de este documento es discutir los roles de las Cortes Supremas y de los Tribunales Constitucionales en las democracias contemporáneas. Busca demostrar que esos tribunales juegan, además del rol contramayoritario que tradicionalmente se les reconoce la teoría constitucional, otros dos roles: el representativo y, ocasionalmente, el iluminista. En la construcción del argumento, el artículo analiza los fenómenos de la judicialización de la política y el activismo judicial, así como la cuestión de la difícil demarcación de la frontera entre la ley y la política en las sociedades plurales y complejas de hoy. Si bien presenta varios ejemplos de la experiencia constitucional de los Estados Unidos, el texto busca analizar los roles de los Tribunales Supremos y Constitucionales desde la perspectiva del constitucionalismo global, trabajando con categorías que se han convertido en actuales de las principales democracias del mundo.

I. Introducción: el estado del arte del derecho constitucional contemporáneo

1. El objeto de este ensayo

El siguiente ensayo aborda tres temas distintos pero vinculados. El primero es la ascensión política e institucional del Poder Judicial en el

mundo contemporáneo, marcado por fenómenos como la judicialización, el activismo judicial y el esfuerzo de justificación democrática de la jurisdicción constitucional. El segundo tema es la tormentosa cuestión de las relaciones entre el derecho y la política, con el análisis de la concepción tradicional, que creía en la separación total, y del modelo real, en que las superposiciones entre ellos son inevitables. Las sentencias judiciales no solo se basan en material legal, sino que están influenciadas en mayor o menor medida por factores extrajudiciales, subjetivos y objetivos. El tercer y principal objeto de la presente investigación es la demostración de que los Tribunales Supremos y los Tribunales Constitucionales en el mundo democrático juegan tres roles diferentes: contramayoritario, cuando invalidan los actos de otros Poderes; representativo, cuando satisfacen demandas sociales no satisfechas por las instancias políticas; e iluminista, cuando promueven ciertos avances sociales que aún no han obtenido una adhesión mayoritaria, pero que son una imposición del proceso civilizatorio.

2. Una mirada desde el exterior

Al desarrollar el argumento, se extraen varias referencias de la experiencia constitucional estadounidense. Pero la miro desde afuera, desde el punto de vista de un observador externo, ubicándola en el contexto más amplio del constitucionalismo contemporáneo. El mundo del derecho constitucional vive un momento de efervescencia, que incluye una intensa interlocución entre académicos y jueces de diferentes países, el uso eventual de doctrinas y precedentes extranjeros por los tribunales, el florecimiento de los tribunales constitucionales e internacionales, así como la universalización del discurso de los derechos, para

citar algunos aspectos del fenómeno. Se habla de un *constitucionalismo global*.¹ Sin embargo, se vive un momento de migración de ideas constitucionales,² del cosmopolitismo,³ de un discurso transnacional.⁴ Hay una herencia común compartida por los países democráticos que se expresa en una gramática y en una semántica que los acerca en los valores y propósitos.⁵ El siguiente ensayo analiza algunos procesos típicos del derecho constitucional actual, desde una perspectiva que no es local o particular, sino que busca incorporar el conjunto de concepciones que hicieron del constitucionalismo un proyecto global.⁶

¹ A propósito, Global Constitutionalism es el título de un seminario anual celebrado por la Yale Law School desde 1996, que reúne a jueces de tribunales constitucionales de diferentes partes del mundo. Véase <https://www.law.yale.edu/centers-workshops/gruber-program-global-justice-and-womens-rights/global-constitutionalism-seminar>.

² Choudhry, Sujit, "Migration as a New Metaphor in Comparative Constitutional Law", en Choudhry, Sujit (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, New York, Cambridge University Press, 2005, p. 1-35.

³ Perju, Vlad, "Cosmopolitanism in constitutional law", *Cardozo Law Review*, vol. 35, 2013, p. 710.

⁴ Barroso, Luís Roberto, "Here, there, and everywhere: human dignity in contemporary law and in the transnational discourse", *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 35, 2012, p. 331.

⁵ Un estudio cuantitativo de las constituciones promulgadas en las últimas seis décadas confirma la existencia de varias tendencias constitucionales globales. Una es la presencia de un conjunto central de derechos constitucionales que son comunes a la gran mayoría de las constituciones nacionales, denominados "derechos constitucionales genéricos" ("generic constitutional rights"). Esos incluyen las libertades de religión y expresión, el derecho a la propiedad y las garantías de igualdad. Véase Law, David S. y Versteeg, Mila, "The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism", *California Law Review*, p. 99, 2011, p. 1163.

⁶ En un libro con muchas ideas relevantes sobre la importancia de la apertura intelectual al mundo, Stephen Breyer identificó "an ever-growing need for American courts to develop an understanding of, and working relationships with, foreign courts and legal institutions". Y al concluir el trabajo, señaló: "This book shows how and why the Supreme Court must increasingly consider the world beyond our national frontiers. In its growing interdependence, this world of laws offers new opportunities for the exchange of ideas, together with a host of new challenges that bear upon our job of interpreting statutes and treaties and even our Constitution". Véase Breyer, Stephen, *The court and the world: american law and the new global realities*, New York, Alfred A. Knopf, 2015, p. 7 y 281.

3. La americanización y la globalización del derecho constitucional

Dos de las primeras constituciones escritas del mundo —la estadounidense de 1787 y la francesa de 1791—⁷ dieron lugar a dos modelos muy diferentes de constitucionalismo. En el modelo francés, que irradiaba a través de Europa continental, la Constitución tenía una dimensión esencialmente política, sin incluir la aplicación directa e inmediata por parte del Poder Judicial.⁸ Ya el constitucionalismo estadounidense que se caracterizó por el reconocimiento de una dimensión jurídica de la Constitución, con la posibilidad de su aplicación directa e inmediata por parte de todos los órganos del Poder Judicial.⁹ Antes de mediados del siglo pasado, los Tribunales Supremos o Constitucionales facultados para hacer cumplir directamente la Constitución e invalidar leyes incompatibles eran una rareza.¹⁰ Después de la Segunda Guerra Mundial,

⁷ Aunque poco conocida, la segunda Constitución escrita del mundo moderno fue editada por la Commonwealth Polonia-Lituania el 3 de mayo de 1791, con breve duración de 19 meses. Así, la Constitución francesa de 1791 fue, de hecho, la tercera Constitución escrita.

⁸ Los revolucionarios franceses de 1789 veían el poder judicial con recelo, considerándolo de contrario a las reformas sociales y vinculado al Antiguo Régimen. Por eso, desde la primera hora, el control de la constitucionalidad (judicial review) de leyes y actos administrativos ha sido prohibido. Sobre el punto, véase Stone Sweet, Alec, "Why Europe rejected american judicial review", *Michigan Law Review*, vol. 101, 2003, pp. 2744-2746.

⁹ El judicial review, en realidad, remonta a la experiencia colonial, con las cartas coloniales y las constituciones estatales. Aunque la Constitución de 1787 no es explícita al respecto, la práctica fue "assumida" por sus autores (Founding Fathers) y justificada en un largo pasaje del *Federalista* No. 78, escrito por Alexander Hamilton. Véase Prakash, Saikrishna B. y Yoo, John C., "The origins of judicial review", *The University of Chicago Law Review*, vol. 70, 2003, pp. 915, 933 y 982. Para una revisión minuciosa de los orígenes históricos del judicial review, véase Bilder, Mary, "The corporate origins of judicial review", *The Yale Law Journal*, vol. 116, 2006-2007, p. 504.

¹⁰ Véase Grimm, Dieter *Constitutionalism: past, presente, and future*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 199.

el modelo estadounidense prevaleció en la mayor parte del mundo democrático.¹¹ Hoy, más de 80% de los países atribuyen a los Tribunales Supremos o Tribunales Constitucionales el poder de invalidar legislación incompatible con la Constitución.¹² De hecho, este es el estado del arte del derecho constitucional en la mayoría de los países democráticos: constituciones escritas que están dotadas de supremacía, establecen la separación de poderes, definen los derechos fundamentales y prevén el control de la constitucionalidad por un Tribunal Supremo o por un Tribunal Constitucional. Esa relativa homogeneidad ciertamente no encubre la pérdida de influencia de la Constitución estadounidense,¹³ las distinciones ideológicas entre constituciones contemporáneas,¹⁴ ni las discrepancias en la interpretación de disposiciones idénticas por diferentes tribunales.¹⁵

¹¹ Véase Barroso, Luís Roberto, "The americanization of constitutional law and its paradoxes: constitutional theory and constitutional jurisdiction in the contemporary world", *ILSA - Journal of International and Comparative Law* vol. 16, 2009-2010, p.579.

¹² Ginsburg, Tom y Versteeg, Mila, "Why do countries adopt constitutional review?", *The Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 30, 2013, p. 587.

¹³ Véase Law, David S. y Versteeg, Mila, "The declining influence of the United States Constitution", *New York University Law Review*, vol. 87, 2012, p. 762.

¹⁴ Según Law, David S. y Versteeg, Mila, "The evolution and ideology of global constitucionalismo", *op. cit.*, p. 1163; desde un punto de vista ideológico, las constituciones de hoy se dividen en dos grupos muy distintos. El primero de ellos es conformado por constituciones que se pueden decir que son libertarias, en el sentido de que representan una tradición de libertad negativa, que requiere, en su mayor parte, una abstención del Estado. El segundo es constituido por constituciones que, por el contrario, requieren la intervención del Estado en la aplicación de los derechos, especialmente los de naturaleza social. Aunque exista esa polarización, las constituciones de cada uno de estos dos grupos son cada vez más convergentes en su contenido.

¹⁵ Como es bien sabido, la interpretación jurídica está influenciada decisivamente por la historia, la religión, la cultura y el sistema legal de cada país, lo que dificulta el acuerdo universal sobre los valores constitucionales y los derechos fundamentales. Sobre el tema, véase Richter, Alan et. al., (eds.), *An inquiry into the existence of global values through the lens of comparative constitutional law*, Oxford, Hart Publishing, 2015, p. 470.

II. Ascensión del poder judicial, judicialización y activismo judicial

1. La judicialización de la vida

Simultáneamente a la expansión de la jurisdicción constitucional en el mundo, también hubo un vertiginoso ascenso político e institucional del Poder Judicial, incluso en la tradición romana-alemana.¹⁶ Hay causas de diversas naturalezas del fenómeno. Una de ellas fue el reconocimiento, después de la Segunda Guerra Mundial, de la importancia de un Poder Judicial fuerte e independiente como un elemento esencial de las democracias modernas, así como para la protección de los derechos fundamentales y del Estado de derecho. A este factor se pueden adicioar otros dos: una cierta desilusión con la política mayoritaria y la dificultad de los actores políticos de llegar a un consenso en temas política o moralmente controvertidos. Politólogos influyentes han ofrecido explicaciones sobre el interés de las élites políticas en empoderar los Tribunales Constitucionales y los Tribunales Supremos. Según Tom Ginsburgh, el fortalecimiento de los Tribunales se realiza como una forma de "seguro político".¹⁷ Ellas serían una solución al problema de la incertidumbre política sobre el impacto distributivo futuro de las nuevas

¹⁶ Este cambio en las democracias romano-alemanas, donde tradicionalmente se negaba a los jueces cualquier papel creativo, es registrado con sorpresa por Tate, C. Neal y Vallinder, Torbjörn (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, New York University Press, 1995, p. 519: "Sin embargo, es posible que esos países tengan los casos contemporáneos más importantes de expansión del poder judicial".

¹⁷ Ginsburg, Tom, *Judicial review in new democracies: constitutional courts in Asian cases*, New York, Cambridge University Press, 2003.

instituciones y derechos. Ran Hirschl ofrece otra explicación, que afirma que el fortalecimiento de estos tribunales es una forma encontrada por las élites para preservar su hegemonía en un futuro incierto.¹⁸ Más adelante se volverá al punto. Por el momento, se pretende poner énfasis en que esta posición prominente adoptada por jueces y tribunales ha dado lugar al fenómeno de la judicialización.

La judicialización significa que los asuntos que son relevantes política, social o moralmente están siendo decididos por el Poder Judicial. Es, como se intuye, una transferencia de poder a las instituciones judiciales, en detrimento de las instancias políticas tradicionales, que son la Legislativa y la Ejecutiva. Esa expansión de la jurisdicción y del discurso legal es un fenómeno mundial, llegando incluso a países que tradicionalmente siguieron el modelo inglés, la llamada democracia al estilo de Westminster, con soberanía parlamentaria y sin control de constitucionalidad.¹⁹ En América Latina el fenómeno también se

¹⁸ Hirschl, Ran, *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2004.

¹⁹ Véase Hirschl, Ran, "The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide", *Fordham Law Review*, vol. 75, 2006-2007, p. 721. La referencia involucra a países como Canadá, Israel, Nueva Zelanda y el propio Reino Unido. Cabe señalar que en el Reino Unido, con la aprobación del Human Rights Act de 1998, fue posible la declaración, por el poder judicial, de la incompatibilidad entre una ley inglesa y la Convención Europea de Derechos Humanos. Tal declaración, sin embargo, no anula la ley y el Parlamento tiene que derogarla o modificarla. En Canadá, por su parte, la Carta de Derechos y Libertades permite a las legislaturas estatales mantener una ley "a pesar de" ("notwithstanding") que se ha reconocido que viola la Carta. Sobre esa forma débil de control constitucional (weak-form judicial review), véase Gardbaum, Stephen, *The new commonwealth model of constitutionalism: theory and practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; y Tushnet, Mark, *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, New Jersey, Princeton University Press, 2003.

acentúa.²⁰ Numerosos e inequívocos ejemplos de judicialización ilustran el límite fluido entre la política y la justicia en el mundo contemporáneo. En los Estados Unidos, la judicialización de los problemas políticos viene de lejos, quizás desde siempre. Los ejemplos se multiplican e incluyen temas como la segregación racial, la división de distritos electorales, la separación de poderes, los derechos de los acusados en los procesos penales, la libertad de expresión, la financiación de campañas, la acción afirmativa, la protección de los derechos de las mujeres, los homosexuales y las personas transgénero, entre muchos otros. En todos estos casos, el discurso legal se superpuso al lenguaje parlamentario, y los tribunales funcionaron como sustitutos del proceso político convencional.²¹

La judicialización, por lo tanto, es un *hecho* ineludible, una circunstancia que surge del diseño institucional adoptado en la mayoría de los países democráticos. Ese acuerdo incluye el acceso a la justicia, la definición constitucional de los derechos fundamentales y la existencia de Tribunales Supremos o Tribunales Constitucionales con la función de hacerlos cumplir. Resulta lógico que la judicialización se vea reforzada en los países de constituciones más analíticas, especialmente aquellas que consagran los derechos económicos y sociales, por ejemplo, como Sudáfrica, Colombia y Brasil.

²⁰ Véase Huneus, Alexandra et. al., (eds.), *Cultures of legality: judicialization and political activism in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010. Véase también Angell, Alan et. al., (eds.), *The judicialization of politics in Latin America*, New York, Springer, 2005.

²¹ Véase Silverstein, Gordon, *Law's Allure: how law shapes, constrains, saves, and kills politics*, New York, Cambridge University Press, 2009, p. 2.

2. El activismo judicial

La judicialización y el activismo judicial no son la misma figura. Ellos son primos. Vienen de la misma familia, van a los mismos lugares, pero tienen orígenes y causas inmediatas diversas. *Activismo judicial* es un término acuñado en los Estados Unidos²² y que se usó principalmente como una etiqueta para calificar a la Corte Suprema durante los años que estuvo presidida por Earl Warren, entre 1954 y 1969.²³ A lo largo de ese período, se produjo una revolución profunda y silenciosa sobre innumerables prácticas políticas, impulsadas por la jurisprudencia progresiva sobre los derechos fundamentales.²⁴ Todas esas transformaciones se efectuaron sin ningún acto del Congreso o decreto presidencial.²⁵

²² La locución "activismo judicial" se utilizó por primera vez en un artículo de un historiador sobre la Corte Suprema de los Estados Unidos en el período del *New Deal*, publicado en una revista de amplia circulación. Véase Schlesinger, Jr., Arthur M., "The Supreme Court: 1947", *Fortune*, enero de 1947, p. 208, *apud* Kmiec, Keenan D., "The origin and current meanings of 'judicial activism'", *California Law Review*, vol. 92, 2004, p. 1446.

²³ Newton, Jim, *Justice for all: Earl Warren and the nation he made*, New York, Riverhead Books, 2006; Horwitz, Morton J., *The Warren Court and the pursuit of justice*, Nueva York, Hill and Wang, 1998; Saylor, Richard H. et al., (eds.), *The Warren Court: a critical analysis*, Nueva York, Chelsea House, 1968; Epstein, Lee y Walker, Thomas G., *Constitutional law for a changing America: institutional powers and constraints*, Washington DC., Congressional Quarterly Press, 1995; Hoffer, Peter Charles et al., *The Supreme Court: an essential history*, Kansas, University Press of Kansas, 2007.

²⁴ Algunos ejemplos representativos: la segregación racial en las escuelas es considerada ilegítima (*Brown v. Board of Education*, 1954); los acusados en los procesos penales tenían garantizado el derecho de defensa por un abogado (*Gideon v. Wainwright*, 1963) y el derecho a no autoinculparse (*Miranda v. Arizona*, 1966); y de privacidad, prohibiéndose al Gobierno la invasión de la habitación de una pareja para reprimir el uso de anticonceptivos (*Griswold v. Connecticut*, 1965). Hubo decisiones igualmente sorprendentes con respecto a la libertad de prensa (*New York Times v. Sullivan*, 1964) y a los derechos políticos (*Baker v. Carr*, 1962). En 1973, ya bajo la presidencia de Warren Burger, la Corte Suprema reconoció los derechos de igualdad para las mujeres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), así como a favor de sus derechos reproductivos, prohibiendo la criminalización del aborto hasta el tercer mes de embarazo (*Roe v. Wade*).

²⁵ Newton, Jim, *Justice for all... op. cit.*, p. 405.

A partir de entonces, debido a una intensa reacción conservadora, el término activismo judicial en los Estados Unidos asumió una connotación negativa y despectiva, equiparada con el ejercicio inadecuado del Poder Judicial.²⁶ Sin embargo, depurada de esta crítica ideológica —incluso porque puede ser progresista o conservadora—²⁷ la idea del activismo judicial se asocia con una participación más amplia e intensa del Poder Judicial en la realización de los valores y propósitos constitucionales, con una mayor interferencia en cuanto al alcance de la acción de los otros dos poderes. En muchas situaciones ni siquiera hay confrontación, sino mera ocupación de espacios vacíos. El activismo no necesita tener una connotación ideológica o partidista. Para citar un ejemplo claro, la Corte Constitucional Federal Alemana es más activista que la Corte Suprema de los Estados Unidos, pero mucho menos

²⁶ Véase Barnett, Randy E., "Clichés Constitucionales", *Capital University Law Review*, vol. 36, 2007, p. 495; y Cross, Frank B. y Lindquist, Stephanie A., "The Scientific Study of Judicial Activism", *Minnesota Law Review*, vol. 91, 2007, p. 1754.

²⁷ Como se señala en el texto, el término activismo judicial fue ampliamente utilizado para estigmatizar la jurisprudencia progresiva de la Corte Warren. Sin embargo, está claro que el activismo judicial precedió a la creación del término y fue esencialmente conservador en sus orígenes. De hecho, fue en la acción proactiva de la Corte Suprema que los sectores más reaccionarios encontraron apoyo para la segregación racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) y para la invalidación de las leyes sociales en general (Era *Lochner*, 1905-1937), que culminó en la confrontación entre el presidente Roosevelt y la Corte, con el cambio en la orientación jurisprudencial contraria al intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). La situación se invirtió desde mediados de los años cincuenta hasta mediados de los setenta del siglo pasado. Sin embargo, después del giro conservador de la Corte Suprema, especialmente durante la presidencia de William Rehnquist (1986-2005), los progresistas fueron severamente criticados por el activismo judicial que comenzaron a desempeñar. Véase Frank B. Cross y Stefanie A. Lindquist, *op. cit.*, p. 1753 y 1757-8; Sunstein, Cass, "Tilting the scales rightward", *New York Times*, 26 de abril de 2001 ("un período notable de activismo judicial de derecho"); y Chemerinsky, Erwin, "Perspective on Justice: and federal law got narrower, narrower", *Los Angeles Times*, 18 de mayo de 2000 ("activismo judicial agresivo y conservador").

politizada.²⁸ Difícilmente una decisión como *Bush v. Gore*²⁹ habría venido de Karlsruhe.

La judicialización, como se demostró anteriormente, es un hecho, una circunstancia del diseño institucional de las democracias contemporáneas. El activismo, por otro lado, es una *actitud*, que elige una forma específica y proactiva de interpretar la Constitución, ampliando su significado y alcance. Por lo general, se instala en situaciones de retracción del Poder Legislativo, un cierto distanciamiento entre la clase política y la sociedad civil, que evita que ciertas demandas sociales se cumplan efectivamente. O por la necesidad de ciertos avances sociales que no se pueden lograr a través de una política mayoritaria. Lo opuesto al activismo es *la moderación judicial*, la conducta por la cual el Poder Judicial busca reducir su interferencia en las acciones de otros Poderes.³⁰ La principal diferencia metodológica entre las dos posiciones es que, en principio, el activismo judicial legítimamente ejercido busca obtener el máximo potencial del texto constitucional, incluyendo y especialmente construyendo reglas específicas de conducta a partir de declaraciones imprecisas (principios y conceptos legales indeterminados).³¹ A su vez,

²⁸ Véase Grimm, Dieter *Constitutionalism: past, presente, and future... op. cit.*, p. 210.

²⁹ 531 US 98 (2000).

³⁰ En ese sentido, los jueces y los tribunales (i) evitan aplicar la Constitución directamente a situaciones que no están dentro de su alcance expreso, en espera del pronunciamiento del legislador ordinario; (ii) utilizar criterios estrictos y conservadores para la declaración de inconstitucionalidad de leyes y actos normativos; y (iii) abstenerse de interferir en la definición de políticas públicas.

³¹ Dworkin, Ronald, *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, p. 2: "*The moral reading proposes that we all —judges, lawyers, citizens— interpret and apply these abstract clauses (of the U. S. Constitution) on the understanding that they invoke moral principles about political decency and justice. (...) The moral reading therefore brings political morality into the heart of constitutional law*".

el autocontrol se caracteriza precisamente por hacer más espacio para la acción de los poderes políticos, teniendo como nota fundamental la fuerte deferencia a sus acciones y omisiones.³²

En teoría, por lo tanto, el activismo judicial a veces puede traducirse en un comportamiento legítimo, a veces en un comportamiento ilegítimo. Cuando se trata de proteger a grupos históricamente expuestos a condiciones de vulneración, como mujeres, personas afrodescendientes u homosexuales, la mayoría de los abogados y la sociedad perciben que el papel crítico del Poder Judicial para garantizar los derechos fundamentales de esas personas contra la discriminación es positivo.³³ Aún así, dado el desgaste del término activismo, es un buen momento para encontrar un nuevo término que identifique esta acción judicial cuando sea virtuosa y humanista. Por otro lado, cuando el juez o el tribunal, en lugar de aplicar la ley actual, la ignora o la elude artificialmente con el propósito de promover sus propios valores, creencias o preferencias

³² Para una defensa influyente del desempeño *minimalista* de los tribunales, Véase Sunstein, Cass R., *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*, Cambridge, Harvard University Press, 1999. Según ese punto de vista, las decisiones judiciales deberían ser "limitadas en lugar de amplias" ("narrow rather than wide") y "superficiales en lugar de profundas" ("shallow rather than deep"). Al revisar el tema en un texto posterior, Sunstein mitigó el argumento de que el minimalismo es invariablemente el mejor curso de acción. Por lo tanto, afirmó que en ciertos contextos es necesario "ir más allá del minimalismo" ("*go well beyond minimalism*") y que "in the most glorious moments in democratic life" las decisiones reflejan "theoretical depth, and they are wide rather than narrow". Cita como ejemplos juzgados como lo que declaró la inconstitucionalidad de la segregación racial, lo que afirmó que la libertad de expresión está arraigada en el ideal democrático del autogobierno y lo que se sostuvo que el principio de igualdad impide que las diferencias de género sean fuentes de desventajas sociales sistemáticas. Véase Sunstein, Cass R., "Beyond judicial minimalism", *Tulsa Law Review*, vol. 43, 2007-2008, p. 825 y 841.

³³ Difícilmente se encuentran, en los días de hoy, autores críticos de la decisión de *Brown v. Board of Education*. Y el apoyo para decisiones como *Obergefell v. Hodges* es creciente.

políticas, no hay duda de que es un comportamiento judicial inadecuado. Está bien establecido que no es el papel del Poder Judicial crear la ley sino hacer cumplir la ley vigente.

Sin embargo, las cosas son un poco menos simples de lo que sería posible suponer a primera vista. Para saber si el juez está creando o aplicando el derecho, es necesario determinar (i) qué es el derecho y (ii) cual es el derecho. La discusión de *lo que era correcto* requería un largo desvío a lo largo de un sinuoso camino lleno de sutilezas filosóficas que no se pueden recorrer aquí. Entre ellos: ¿es correcto el texto de la norma, la intención original de su creador o el propósito para el cual fue creado? ¿Es el derecho la aplicación pura y simple de la ley o la búsqueda de justicia en el caso concreto? ¿O tal vez la aplicación de la ley es compleja, con una combinación de valores o principios fundamentales, como la justicia, la seguridad jurídica, la legitimidad, la igualdad y la prudencia?³⁴ Sin embargo, incluso dejando de lado esas complejidades y suponiendo la existencia de una regla o precedente expreso específico sobre el tema a decidir, no siempre la verificación de cual es el derecho aplicable será objetiva. En muchas situaciones, la ambigüedad o la imprecisión del lenguaje, la colisión de normas o valores subyacentes, así como los desacuerdos morales razonables llenan de subjetividad la operación de decir cual es el derecho.³⁵ Ya pasó el

³⁴ Para un análisis de las diferentes concepciones de lo que es el derecho, así como los respectivos modelos de acción judicial, que los divide en legalismo, idealismo y pluralismo, Véase Almeida Ribeiro, Gonçalo de, "Judicial activism and fidelity to Law", en Pereira Coutinho, Luís *et. al.* (eds), *Judicial activism: an interdisciplinary approach to the american and european experiences*, Nueva York, Springer, 2015.

³⁵ Para mencionar ejemplos recurrentes, solo pregunte si es legítimo: realizar investigaciones con células madre embrionarias, no realizar transfusión de sangre a un creyente en la

tiempo en que se aceptaba, sin más preguntas, la creencia de Hans Kelsen de que el juez constitucional funcionaría como un "legislador negativo".³⁶ El juez contemporáneo, no solo en los países de derecho consuetudinario, sino también en la tradición del derecho civil, a menudo participa en el proceso de creación de la ley. No es una elección filosófica o metodológica, sino una imposición de la realidad de la vida.

3. Críticas a la expansión del Poder Judicial y su justificación

Las críticas al ascenso del Poder Judicial y su desempeño más expansivo provienen de muchos frentes. La primera es una *crítica ideológica*: el Poder Judicial es una instancia tradicionalmente conservadora de las distribuciones de poder y riqueza en la sociedad. Desde esa perspectiva, la judicialización funcionaría como una reacción de las élites tradicionales contra la democratización, un antídoto contra la participación popular y la política mayoritaria.³⁷ La segunda crítica se refiere a las

religión de los testigos de Jehová o prohibir la práctica del lanzamiento de enanos en discotecas.

³⁶ Según Kelsen, los legisladores desempeñan un papel "creativo" y "positivo" al redactar libremente leyes, limitadas únicamente por los procedimientos impuestos por la Constitución. Ya el poder de invalidar leyes tiene una connotación estrictamente "negativa". En sus palabras: "To annul a law is to assert a general [legislative] norm, because the annulment of a law has the same character as its elaboration - only with a negative sign attached (...). A tribunal which has the power to annul a law is, as a result, an organ of legislative power". Véase Kelsen, Hans, "La garantie juridictionnelle de la Constitution", *Revue du Droit Public*, vol. 45, 1928, p. 221-241. Sobre la visión kelseniana de la jurisdicción constitucional, Véase Stone Sweet, Alec, "Why Europe rejected american judicial review", *Michigan Law Review*, vol. 101, 2003, p. 2765-69.

³⁷ Véase Hirschl, Ran, *Towards juristocracy...* *op. cit.* Del mismo modo, en los Estados Unidos, una corriente de pensamiento denominada "constitucionalismo popular" también critica la idea de la supremacía judicial. Véase, entre muchos, Tushnet, Mark, *Taking the Constitution*

capacidades institucionales de los tribunales, que pueden no ser el mejor lugar para la toma de decisiones que involucran aspectos técnicos o científicos muy complejos, y el riesgo de efectos sistémicos impredecibles e indeseables derivados de tales decisiones. Ambas circunstancias recomiendan precaución y deferencia.³⁸ Una tercera crítica se refiere al hecho de que la judicialización limita, por un lado, la participación en el debate a los pocos que tienen acceso al mundo legal, con sus ritos formales y altos costos, y, por otro lado, plantea el riesgo de una politización indebida de la justicia. Es decir, puede producir apatía en las fuerzas sociales³⁹ o llevar pasiones a un entorno que debe ser presidido por la razón.⁴⁰

La jurisdicción constitucional puede no ser un componente indispensable del constitucionalismo democrático, pero en general ha servido bien a la causa.⁴¹ Es un espacio para la legitimación discursiva o argumentativa de las decisiones políticas, que coexiste con la legitimación mayoritaria. Las constituciones contemporáneas juegan dos roles principales: (i) expresar las decisiones políticas esenciales en las que se basa una sociedad determinada, incluyendo y sobre todo con respeto a los derechos fundamentales; y (ii) disciplinar el proceso democrático,

away from the courts, 1999, p. 177; y Kramer, Larry, *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*, Nueva York, Oxford University Press, 2004.

³⁸ Véase Sunstein, Cass y Vermeulle, Adrian, "Interpretation and institutions", *Public Law and Legal Theory Working Paper 28*, 2002. Sobre el tema, Véase también Vermeulle, Adrian, "Foreword: system effects and the Constitution", *Harvard Law Review*, vol. 123, 2009.

³⁹ Uprimny Yepes, Rodrigo, "Judicialization of politics in Colombia", *International Journal on Human Rights*, vol. 6, 2007, p. 63.

⁴⁰ Véase Barroso, Luís Roberto, "Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo", *Revista Jurídica da Presidência*, vol. 96, 2010.

⁴¹ Véase Grimm, Dieter *Constitutionalism: past, present, and future*, *op. cit.*, 2016, p. 215.

proporcionando un gobierno mayoritario y alternancia en el poder.⁴² En otras situaciones —es decir, cuando los derechos fundamentales o los procedimientos democráticos no están en juego— los jueces y los tribunales deben cumplir con las elecciones legítimas hechas por el legislador, así como respetar el ejercicio razonable de discrecionalidad del administrador, absteniéndose de anular su propia valoración política.⁴³ Además de eso, la jurisdicción constitucional no debe suprimir u oprimir la voz en las calles, el movimiento social, los canales de expresión de la sociedad. A ese respecto, no parece sostenible, o al menos no será universalizable, la crítica de que los tribunales son necesariamente portavoces de las élites. En muchos casos han avanzado los derechos fundamentales de las personas afrodescendientes, las mujeres,⁴⁴ *homosexuales* y desfavorecidos,⁴⁵ incluidos los derechos económicos y sociales.⁴⁶ En algunos países, por diferentes razones, el Poder Judicial es más progresista que el Legislativo.⁴⁷

⁴² Barroso, Luís Roberto, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2009, p. 89-90.

⁴³ En la jurisprudencia estadounidense, el caso *Chevron USA Inc. v. National Resources Defense Council Inc.* es el gran precedente de la teoría de la *deferencia administrativa* en relación con la *interpretación razonable* dada por la Administración. 467 U.S. 837 (1984).

⁴⁴ Véase McClain, Linda C. y Fleming, James E., "Constitutionalism, judicial review, and progressive change", *Texas Law Review*, vol. 84, 2005. En la revisión del libro de Hirschl, Ran, *Towards juristocracy... op. cit.*, los autores sostienen que si la definición de "*cambios progresivos*" ("*progressive change*") se hiciera de manera más amplia, para incluir avances en las relaciones de género y relaciones familiares, la conclusión sería diferente.

⁴⁵ Véase Barroso, Luís Roberto y Osorio, Aline, "¿Sabes con quien estás hablando?": algunos apuntes sobre el principio de la igualdad en el Brasil contemporáneo", *SELA*, 2015; "La desigualdad", *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*, 2015, p. 11-27.

⁴⁶ Para una reflexión profunda y original sobre la realización de los derechos sociales, Véase Young, Katherine G., *Constituting economic and social rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012. Para una breve descripción de algunas experiencias en Sudáfrica, v. Sachs, Albie, *The strange alchemy of life and Law*, 2011, p. 161-201.

⁴⁷ Véase Barroso, Luís Roberto, "Reason without vote: the representative and majoritarian function of constitutional courts", en Bustamante, Thomas y Gonçalves Fernandes, Bernardo (eds.),

III. Ley y política: la tenue frontera

1. La concepción tradicional

La separación entre el derecho y la política se ha considerado esencial en el Estado constitucional democrático. La creencia mitológica en esa distinción ha resistido al tiempo y a las evidencias. A nivel de su *creación*, sin embargo, no hay forma de separar el derecho de la política, ya que es producto del proceso constituyente o del proceso legislativo, o sea, la voluntad de las mayorías. El derecho es en realidad uno de los productos principales de la política, el trofeo por el cual se libraron muchas batallas.⁴⁸ En un Estado de derecho, la Constitución y las leyes legitiman y limitan el poder político. En cuanto a la *aplicación* del derecho, su separación de la política se considera posible y deseable. Esa separación entre derecho y política se ve reforzada por una visión tradicional y formalista del fenómeno legal. Creencias como la neutralidad científica, la totalidad del derecho y la interpretación judicial se cultivan como un proceso puramente mecánico de concreción de las normas legales, en valoraciones estrictamente técnicas.⁴⁹ Tal visión ha estado bajo fuego

Democratizing constitutional law, Springer, Suiza, 2016, p. 71: "For many reasons, it is not unusual or surprising that the Judiciary, in certain contexts, is the best interpreter of the majority sentiment". Véase también, Barroso, Luís Roberto, "El ascenso político de los tribunales supremos y el poder judicial", *Consultor Jurídico*, 6 de junio de 2012: "Es posible argumentar que, en la actualidad brasileña, el STF está a la izquierda del Congreso Nacional", <http://www.conjur.com.br/2012-jun-06/luis-roberto-barroso-ascensao-politica-supremas-cortes-judiciario>.

⁴⁸ Véase Whittington, Keith *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford y Nueva York, Oxford University Press, 2008, p. 3.

⁴⁹ El término *formalismo* se usa aquí para identificar posiciones que han ejercido una gran influencia en todo el mundo, como la Escuela de Exégesis en Francia, la Jurisprudencia de

durante gran parte del siglo pasado y ha sido criticada por tratar los problemas políticos como si fueran lingüísticos y por ocultar opciones entre diferentes posibilidades interpretativas detrás del discurso de la única solución posible.⁵⁰

No se discute que las elecciones políticas deben ser tomadas, como regla general, por los que fueron elegidos, es decir, por el Congreso y el Presidente. Los tribunales desempeñan un papel importante en la vida democrática, pero no el papel principal. Los órganos judiciales, enseña la sabiduría convencional, no ejercen su propia voluntad, sino que concretan la voluntad política mayoritaria manifestada por el constituyente y el legislador, o materializada en costumbres y precedentes. La actividad de interpretar y aplicar normas jurídicas se rige por un conjunto de principios, reglas, convenciones, conceptos y prácticas que dan especificidad al mundo del derecho y a la teoría jurídica. Este es, entonces, el discurso estándar: los jueces son independientes de la política y simplemente aplican el derecho actual de acuerdo con los criterios aceptados por la comunidad legal. Derecho es ciertamente diferente de la política. Pero no se puede ignorar que la línea divisoria entre ellos, que sin duda existe, no siempre es nítida, y ciertamente no es fija.

Conceptos en Alemania y el Formalismo Jurídico en los Estados Unidos, cuya marca esencial era la concepción mecanicista del derecho, con énfasis en la lógica formal y una gran desconfianza en la interpretación judicial.

⁵⁰ Para Tamahana, Brian Z., *Beyond the formalist-realist divide: the role of politics in judging*, New Haven, Princeton University Press, 2010, la existencia del formalismo jurídico, con las características que se le atribuyen, no corresponde a la realidad histórica.

2. El modelo real

No hay duda de que, en todo el mundo, los Tribunales Constitucionales y los Tribunales Supremos terminan interfiriendo de manera relevante en el campo de la política y de la formulación de políticas públicas. En el mundo real, por lo tanto, a pesar del enérgico reclamo de autonomía que el derecho debe tener en relación con la política, las superposiciones son inevitables.⁵¹ A veces debido a las implicaciones inmediatas de la decisión. Si un tribunal declara inconstitucional la resolución de una agencia reguladora, la recaudación de un impuesto o la ley que rige las finanzas de campaña, hay ganadores y perdedores en el ámbito político. En otras ocasiones, la subjetividad del intérprete desempeñará un papel decisivo, como dar significado a términos vagos o ambiguos (castigo inusual o cruel, dignidad humana), equilibrar normas aparentemente conflictivas (libertad de expresión *versus* derecho a la privacidad, protección de la propiedad intelectual. *versus* interés del consumidor) o para resolver problemas que involucren desacuerdos morales razonables (suicidio asistido, investigación con células madre embrionarias). Y aunque el juez no debe proyectar sus propios valores personales al decidir, hay una dimensión mínima en la que esto es inevitable: la de su valoración de lo que es correcto, justo y legítimo.

Hay otra razón que elimina, en gran medida, la objetividad plena del derecho, su capacidad de proporcionar soluciones *a priori* a los problemas

⁵¹ El término "política" se está utilizando en un sentido amplio que trasciende una connotación partidaria o de lucha por el poder. Como se usa en este documento, se refiere a cualquier influencia extrajudicial capaz de afectar el resultado de un juicio.

de la vida. La sociedad contemporánea tiene la marca de la complejidad. Se buscan arreglos institucionales y regímenes legales para permitir una convivencia armoniosa entre los diferentes, fomentando la tolerancia y las reglas que permiten a cada uno vivir sus propias convicciones, sin excluir. Aún así, no pocos problemas pueden generar conflictos entre cosmovisiones opuestas. En muchos países, las controversias incluyen el matrimonio entre personas del mismo sexo, la interrupción del embarazo y la educación religiosa en las escuelas públicas. Casi todo se transmite en vivo, en tiempo real. La vida se convirtió en un *reality show*. Como era de esperar, las relaciones institucionales, sociales e interpersonales se enredan en los desvíos de esa sociedad compleja y plural, sin certezas completas, ciertas verdades o consensos apaciguadores. Y en un mundo donde todo se judicializa más pronto o más tarde, las Cortes Constitucionales y los Tribunales enfrentan situaciones para las que no hay respuestas fáciles o éticamente simples. Algunos ejemplos:

- a) ¿Puede una pareja sordomuda usar ingeniería genética para producir un hijo sordomudo y así habitar el mismo universo existencial que sus padres?
- b) Una persona en primer lugar de la fila se sometió a un trasplante de hígado. Cuando apareció un nuevo hígado para el siguiente paciente, el paciente que se había sometido al trasplante anterior tuvo complicaciones y solicitó un nuevo hígado. ¿Quién debería recibirlo?

- c) ¿Puede un creyente de la religión de los Testigos de Jehová rechazar por completo una transfusión de sangre, incluso si es indispensable para salvar su vida, porque tal procedimiento es contrario a su convicción religiosa?
- d) ¿Puede una mujer pretender concebir a su esposo que murió pero dejó su semen en un banco de esperma?
- e) ¿Puede una persona, nacida fisiológicamente masculina, pero considerándose una transexual femenina, celebrar un matrimonio entre personas del mismo sexo con otra mujer?

Ninguna de esas preguntas es teórica. Todas ellas corresponden a casos concretos presentados ante los tribunales. Su característica común es la ausencia de una solución inequívoca que pueda extraerse de la legislación o el precedente. Las dificultades surgen de una variedad de factores ya mencionados, que incluyen (i) ambigüedad o imprecisión del lenguaje, (ii) conflictos entre normas o valores dentro de él, así como (iii) desacuerdos morales razonables. En muchas situaciones, las personas ilustradas y bien intencionadas ven el mundo desde perspectivas totalmente diferentes. Luego, surgen *casos difíciles*, como se entiende aquellos que no tienen una solución lista en el sistema legal, disponible para el intérprete.⁵² Por lo tanto, la solución debe ser construida de

⁵² Casos difíciles no tienen una solución claramente establecida por ley o precedentes. Sobre el tema, véase Hart, HLA, *The concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1988; y Dworkin, Ronald, "Hard cases", *Harvard Law Review*, vol. 88, 1975; y Barak, Aharon, "A judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy", *Harvard Law Review*, vol. 116, núm. 1, 2002,

manera lógica y con argumentos por el juez, que se convierte así en un participante en el proceso de creación de la ley. La legitimación de la decisión, por lo tanto, en ausencia de un precedente o una norma, se transfiere a la argumentación legal, a la capacidad del intérprete para demostrar la racionalidad, la justicia y la adecuación constitucional de la solución que ha construido.⁵³ Aquí viene el interesante concepto de *auditorio*.⁵⁴ La legitimidad de la decisión dependerá de la capacidad del intérprete para convencer al auditorio de que se trata de la solución correcta y justa.⁵⁵ El tema es fascinante, pero no será posible desviarse aquí.

3. Factores que influyen en las decisiones judiciales

En la concepción tradicional, existe una visión frecuentemente idealizada según la cual el derecho es inmune a las influencias políticas en virtud de diferentes institutos y mecanismos. Hay una visión muy opuesta a esto, que podría llamarse una concepción escéptica, que no

Faculty Scholarship Series (Paper 3692), http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3692.

⁵³ Sobre el tema, Véase Alexy, Robert, *A Theory of Legal Argumentation*, Oxford, Oxford University Press, 2010; McCormick, Neil, *Legal reasoning and legal theory*, Oxford, Oxford University Press, 2003; y Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2012.

⁵⁴ Véase Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, Lucie, *Tratado de argumentación: la nueva retórica*, Madrid, Gredos, 1996, p. 22: "Es por esta razón que, en materia de retórica, parece preferible definir al auditorio como *el grupo de aquellos que el orador quiere influir con su argumento*. Cada orador piensa, más o menos conscientemente, en aquellos que buscan persuadir y que constituyen la audiencia a la que se dirigen sus discursos.

⁵⁵ Los tribunales en general y los tribunales constitucionales en particular necesitan poder convencer a los demás actores políticos, en los otros poderes y en la sociedad, de la exactitud de sus pronunciamientos. Véase Miller, Mark C., *The view of the courts from the hill: interactions between Congress and the Federal Judiciary*, Virginia, University of Virginia Press, 2009, p. 7.

cree en la autonomía del derecho, profesada por los movimientos teóricos de expresión, como el realismo jurídico, la teoría crítica y gran parte de las ciencias sociales contemporáneas. En este sentido, proclaman esas corrientes, el juez finalmente producirá la solución que mejor se adapte a sus preferencias personales, ideología o factores externos. Siempre lo hará, lo sepa o no. El modelo real, como no es difícil de intuir, no estará en ninguno de los extremos. Durante mucho tiempo, la teoría del derecho ha tratado de negar este hecho, a pesar de la gran cantidad de evidencia. Bueno, la energía gastada en construir un muro de separación entre el derecho y la política ahora debe recurrir a otro esfuerzo.⁵⁶ Es necesario comprender mejor los mecanismos de esa relación intensa e inevitable, con el propósito relevante de preservar la especificidad y, sobre todo, la integridad de la ley.

Sobre los diferentes factores que pueden influir en un fallo de la Corte, especialmente de la Corte Suprema, existe una vasta literatura producida principalmente en los Estados Unidos.⁵⁷ Es posible agrupar los múltiples elementos señalados por diferentes autores en tres categorías o modelos amplios. El primero es el *modelo legalista*, que identifica

⁵⁶ Véase Friedman, Barry, "The Politics of Judicial Review", *Texas Law Review*, vol. 84, 2005, p. 267 y 269.

⁵⁷ Véase Segal, Jeffrey A. y Spaeth, Harold J., *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*, Oxford, Oxford University Press, 2002; Epstein, Lee y Knight, Jack, *The choices justices make*, Washington, CQ Press, 1998; Posner, Richard, *How judges think?*, Cambridge, Harvard University Press, 2008, p. 19-56 identifica "nueve teorías del comportamiento judicial": ideológica, estratégica, organizacional, económica, psicológica, sociológica, pragmática, fenomenológica y legalista. Véase también Cass, Sunstein, *et. al.*, *Are judges political? An empirical analysis of the Federal Judiciary*, 2006. En Brasil, merece mención el trabajo de Campos Mello, Patricia Perrone, *Detrás de escena del STF*, Portugal, Forense, 2016, cuya terminología —legalista, ideológica e institucional— se usa aquí.

la influencia decisiva de los materiales legales en los pronunciamientos judiciales. Por lo tanto, la Constitución, las leyes, los precedentes, las doctrinas aplicables, los principios apropiados y los conceptos fundamentales juegan naturalmente un papel prominente que no puede minimizarse. En segundo lugar, los autores identifican el llamado *modelo ideológico*. Los jueces están inevitablemente influenciados por su cosmovisión, sus convicciones personales, su punto de observación de la vida. Finalmente, existe lo que se puede llamar *el modelo institucional*, que reúne factores externos al proceso, al derecho y a la propia subjetividad del juez. Entre ellos se encuentran las relaciones entre los poderes, las influencias de la sociedad, los medios y la opinión pública, la viabilidad del cumplimiento de la decisión, entre otros.

No será difícil intuir que ninguno de los tres modelos prevalece en su pureza: la vida real se compone de la combinación de los tres. Sin importar las influencias ideológicas, institucionales e incluso estratégicas, el derecho siempre mantendrá un grado relevante de autonomía.⁵⁸ La profundización de la comprensión de esos factores y modelos constituye una frontera fascinante en la intersección entre el derecho constitucional, la ciencia política y las ciencias del comportamiento.

⁵⁸ Ese es también el punto de vista de Dorf, Michael, *No Litmus Test: Law versus Politics in the twentieth century*, Maryland, Rowan and Littlefield Publishers, 2006, p. xix. El autor defiende una posición intermedia entre los extremos representados por el realismo y el formalismo: "Los realistas hacen un servicio importante para corregir la visión demasiado mecánica que los formalistas tienen de la ley. Pero van demasiado lejos al sugerir que no hay nada específicamente *jurídico* en la metodología de decisión empleada por los tribunales y otros actores legales".

IV. Los roles de las Supremas Cortes y Tribunales Constitucionales

La misión institucional de las Supremas Cortes y Tribunales Constitucionales es hacer cumplir la Constitución frente a las amenazas planteadas por los otros poderes o incluso por agentes privados. En la rutina de la vida, la situación más común ocurre cuando cierta ley, es decir, un acto del Poder Legislativo, se cuestiona frente al texto constitucional. En la gran mayoría de los casos, al ejercer el control constitucional, los Tribunales Constitucionales confirman la legislación impugnada y rechazan el reclamo. Eso se debe a la primacía que la Constitución le ha dado al Legislativo para la toma de decisiones políticas y la deferencia que los tribunales deben a los actos de otras ramas del gobierno en nombre del principio de separación de poderes. Como resultado, un número relativamente pequeño de leyes es declarado inconstitucional.

Es oportuno señalar aquí que en Estados Unidos *la revisión judicial* es un concepto que, como regla general, limita la posibilidad de que un tribunal, y particularmente la Corte Suprema, declare una ley inconstitucional. En otros países, especialmente los de constituciones más analíticas, como Alemania, Italia, España, Portugal y Brasil, la *jurisdicción constitucional*, el término más utilizado, alberga un concepto más amplio, que incluye otro comportamiento judicial, además de la invalidación pura de actos legislativos. Esas otras acciones judiciales alternativas pueden incluir: (i) la aplicación directa de la Constitución a ciertas situaciones, con el significado dado a una cláusula constitucional particular; (ii) interpretación según la Constitución, una técnica que importa en la exclusión de un cierto significado posible de una norma porque es

incompatible con la Constitución, y en la afirmación de una interpretación alternativa, que está en armonía con el texto constitucional; y (iii) la creación temporal de reglas para remediar los supuestos conocidos como *inconstitucionalidad por omisión*, que ocurren cuando cierta regla constitucional depende de la regulación por ley, pero el Legislativo se queda inerte, y no la edita.

Las cortes supremas y los tribunales constitucionales desempeñan tres funciones cuando aceptan la solicitud e interfieren con los actos realizados por el Poder Legislativo. El primero es el papel *contramayoritario*, que es uno de los temas más estudiados por la teoría constitucional de los diferentes países. En segundo lugar, los tribunales constitucionales a veces juegan un rol *representativo*, una acción que la doctrina en general ignora en gran medida y que no parece haberse dado cuenta de su existencia. Finalmente, y en tercer lugar, las Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales pueden desempeñar, en ciertos contextos limitados y específicos, un papel iluminista. En los Estados Unidos, como la jurisdicción constitucional siempre se ve en términos de *revisión judicial*, el cumplimiento de la solicitud implicará, como regla, la invalidación de la norma y, en consecuencia, de acuerdo con la terminología habitual, un acto contramayoritario. Como veremos más adelante, a ese rol contramayoritario puede —o no— sumarse a la dimensión representativa o iluminista.

1. El rol contramayoritario

Las Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales en la mayoría de los países democráticos tienen el poder de controlar la constitucionalidad

de los actos del Legislativo (y también del Ejecutivo) y pueden invalidar las reglas aprobadas por el Congreso o el Parlamento. Esta posibilidad, que ya había sido planteada en los *Documentos Federalistas* por Alexander Hamilton,⁵⁹ tuvo como primera jurisprudencia el fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Marbury v. Madison*, juzgado en 1803.⁶⁰ Eso significa que los jueces de los Tribunales Superiores, que nunca han recibido un voto popular, pueden superponer su interpretación de la Constitución a la realizada por agentes políticos investidos de mandato representativo y legitimidad democrática. A esa circunstancia, que genera una aparente incongruencia en el marco de un Estado democrático, la teoría constitucional la ha denominado "dificultad contramayoritaria".⁶¹

A pesar de las resistencias teóricas ocasionales,⁶² ese papel contramayoritario del control judicial de la constitucionalidad se ha aceptado casi universalmente. La legitimidad democrática de la jurisdicción constitucional se ha basado en dos fundamentos principales: a) la protección de los derechos fundamentales, que corresponden al mínimo ético y la reserva de justicia de una comunidad política,⁶³ que no debe

⁵⁹ Véase *Federalist* No. 78.

⁶⁰ 5 US 137 (1803).

⁶¹ La expresión se convirtió en clásica a partir del trabajo de Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics*, New Haven, Yale University Press, 1986, p. 16 y s. La primera edición del libro es de 1962.

⁶² Por ejemplo, Waldron, Jeremy, "The Core of the Case Against Judicial Review", *The Yale Law Journal*, vol. 115, 2006; Mark, Tushnet, *Taking the Constitution away from the courts... op. cit.*; y Kramer, Larry, *The people themselves... op. cit.*

⁶³ La equiparación entre los derechos humanos y la reserva mínima de justicia es hecha por Robert Alexy en varias de sus obras. Véase, por ejemplo, *La institucionalización de la justicia*, Granada, Comares, 2005, p. 76.

ser afectada por la deliberación política mayoritaria; y b) la protección de las reglas del juego democrático y los canales de participación política de todos.⁶⁴ La mayoría de los países del mundo otorgan al Poder Judicial, y más particularmente a su Tribunal Supremo o Constitucional, un *estatus* centinela contra el riesgo de tiranía de las mayorías.⁶⁵ Eso les impide tergiversar el proceso democrático u oprimir a las minorías. Hoy existe un consenso razonable de que el concepto de democracia trasciende la idea del gobierno de la mayoría y requiere la incorporación de otros valores fundamentales. La imagen que se usa a menudo para justificar la legitimidad de la jurisdicción constitucional está tomada de la canción *Odyssey Song XIV* de Homero: para evitar la tentación del canto de sirenas, que provocó que los barcos se estrellaran contra los arrecifes, Ulises había puesto cera en los oídos de los marineros que remaban y se ató al mástil de la embarcación.⁶⁶ Siempre me ha fascinado que evitara el riesgo sin privarse del placer.

Uno de esos valores fundamentales es el derecho de cada individuo a igual respeto y consideración,⁶⁷ o sea, ser tratado con la misma dignidad que los demás, lo que incluye tener en cuenta sus intereses y opiniones. La democracia, por lo tanto, más allá de la dimensión procesal de

⁶⁴ Para esa visión procesalista del papel de la jurisdicción constitucional, Ely, John Hart, *Democracy and distrust*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

⁶⁵ El término fue utilizado por Mill, John Stuart, *On Liberty*, New Haven, Yale University Press, 2003 1874, p. 13: "La tiranía de la mayoría ahora es generalmente incluida entre los males contra los cuales la sociedad necesita ser protegida (...)".

⁶⁶ Véase, por ejemplo Elster, John, *Ulysses and the sirens*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.

⁶⁷ Véase Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously*, Londres, Gerald Duckworth and Co. Ltd, 1997, p. 181. La primera edición es de 1977.

ser un gobierno mayoritario, también tiene una dimensión sustantiva que incluye igualdad, libertad y justicia. Eso es lo que realmente la transforma en un proyecto colectivo de autogobierno, donde nadie queda deliberadamente atrás. Más que el derecho a la participación igualitaria, la democracia significa que los perdedores en el proceso político, así como los segmentos minoritarios en general, no están indefensos y no tienen que valerse por sí mismos. Por el contrario, conservan su condición de miembros igualmente dignos de la comunidad política.⁶⁸ Casi en todo el mundo, el guardián de esas promesas⁶⁹ es la Corte Suprema o la Corte Constitucional por su capacidad de ser un foro de *principios*,⁷⁰ es decir, valores constitucionales, y no de política —y de *razón pública*— o sea, argumentos que pueden ser aceptados por todos los involucrados en el debate.⁷¹ Sus miembros no dependen del proceso electoral y sus decisiones tienen que presentar argumentos normativos y racionales que lo respalden.

Ese papel contramayoritario generalmente lo ejercen los Tribunales Supremos con una parsimonia razonable. En efecto, en situaciones en las que los derechos fundamentales y los presupuestos de la democracia

⁶⁸ Véase Mendonça, Eduardo, *La democracia de las masas y la democracia de la gente: una reflexión sobre la dificultad de la contramayoría*, tesis doctoral, UERJ, mimeografiada, 2014, p. 84.

⁶⁹ La expresión aparece en el título del libro de Garapon, Antoine, *El juez y la democracia: el guardián de las promesas*, España, Flor del viento, 1999.

⁷⁰ Véase Dworkin, Ronald, *A matter of principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, pp. 69-71. "El control de la constitucionalidad judicial asegura que las cuestiones más fundamentales de moralidad política sean presentadas y debatidas como cuestiones de principio, no solo de poder político. Esta es una transformación que nunca puede ser completamente exitosa solo dentro del Legislativo".

⁷¹ Rawls, John, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1996, pp. 212, 231-240. Para una crítica de la opinión de Rawls, Véase Waldron, Jeremy, "Public reason and 'justification' in the courtroom", *Journal of Law, Philosophy and Culture*, vol. 1, 2007.

no están en juego, la Corte debe respetar la libertad de conformidad al legislador y la discreción razonable del administrador. En los Estados Unidos, por ejemplo, según datos de 2012, en poco más de 220 años solo hubo 167 decisiones que declararon la inconstitucionalidad de los actos del Congreso.⁷² Es interesante notar que, aunque el período de Warren Court (1953-1969) se considera uno de los más activistas en la historia de Estados Unidos, varios autores señalan el hecho de que bajo la presidencia de William Rehnquist (1986-2005) hubo un activismo intenso de naturaleza conservadora, con los protagonistas *jueces* Antonin Scalia, nominado por Ronald Reagan, y Clarence Thomas, nominado por George W. Bush.⁷³ De todos modos, el punto aquí es que tanto en los Estados Unidos como en otros países, la invalidación de los actos que emanan del Legislativo es la excepción, no la regla.

2. El rol representativo

La democracia contemporánea se compone de votos, derechos y razones, lo que le da tres dimensiones: representativa, constitucional y

⁷² Véase Jost, Kenneth, *The Supreme Court from A to Z*, Washington, CQ Press, 2012, p. xx. Se han invalidado muchas más leyes estatales y locales. En Alemania, solo alrededor del 5% de las leyes federales fueron invalidadas. Cfr. Tate, Neal y Vallinder, Torbjörn (eds.), *op. cit.*, p. 308.

⁷³ En ese sentido, señalando el hecho de que los jueces conservadores también actúan de manera proactiva, a pesar de la retórica de la auto contención, Véase Cross, Frank B. y Lindquist, Stephanie A., "The scientific study of judicial activism", *Minnesota Law Review*, vol. 91, 2007, p. 1755: "Para algunos ministros que profesan autocontrol, las evidencias sugieren que en algunos casos su jurisprudencia refleja constantemente su retórica (como el *Justice* Rehnquist). Sin embargo, para otros (*los jueces* Scalia y Thomas), la evidencia no confirma sus posiciones retóricas sobre activismo judicial; esos ministros no suelen demostrar un enfoque de autocontrol. De hecho, en los últimos años (1994-2004), se ha encontrado que el comportamiento de los jueces más conservadores refleja una orientación relativamente activista". Véase también Gewirtz, Paul y Golder, Chad, "So who are the activists?", *New York Times*, 6 de julio de 2005.

deliberativa. *La democracia representativa* tiene el voto popular como un elemento esencial y el Congreso y el Presidente como protagonistas institucionales, elegidos por sufragio universal. *La democracia constitucional* tiene como su componente central el respeto a los derechos fundamentales, que deben ser garantizados aun contra la voluntad de las mayorías políticas. El último árbitro de las tensiones entre la voluntad mayoritaria y los derechos fundamentales, y por lo tanto el protagonista institucional de esta dimensión de la democracia, es la Corte Suprema. Finalmente, el componente esencial de *la democracia deliberativa*⁷⁴ es la oferta de razones, la discusión de ideas, el intercambio de argumentos. La democracia ya no se limita al voto periódico, sino que se compone de un debate público en curso que debe acompañar las decisiones políticas relevantes. El protagonista de la democracia deliberativa es la sociedad civil, en sus diferentes instancias, que incluye el movimiento social, la prensa, las universidades, los sindicatos, las asociaciones y los ciudadanos de la calle. Pese a que los motivos de oferta también pueden estar asociados con los poderes Legislativo⁷⁵ y Ejecutivo, el hecho es que son, esencialmente, el *locus* de la voluntad, de la decisión política. En el universo de las razones de oferta, los órganos del Poder Judicial merecen destacarse: la motivación y la argumentación son la materia prima de sus acciones y factores que legitiman las decisiones judiciales. Por lo tanto, no debería sorprender que la Corte

⁷⁴ La idea de democracia deliberativa tiene como precursores a autores como John Rawls, con énfasis en la razón, y Jürgen Habermas, con énfasis en la comunicación humana. Sobre democracia deliberativa, véase, entre muchos, en inglés, Gutmann, Amy y Thompson, Dennis, *Why deliberative democracy?*, New Haven, Princeton University Press, 2004; en portugués, Souza Neto, Claudio Pereira de, *Teoría Constitucional y Democracia Deliberativa*, Brasill, Renovar, 2006.

⁷⁵ Véase Barcellos, Ana Paula de, *Derechos fundamentales y derecho a la justificación: debido proceso en la elaboración normativa*, 2016.

Suprema, por excepción y nunca como una regla general, funcione como intérprete del sentimiento social. En resumen: el voto, si bien es indispensable, no es la única fuente de democracia, y en algunos casos puede no ser suficiente para lograrla.

Al tener en cuenta lo anterior, no cabe duda de que el modelo tradicional de separación de poderes, concebido en el siglo XIX y sobreviviente del siglo XX, ya no puede justificar, en la mayor medida, la estructura y el funcionamiento del constitucionalismo contemporáneo. Para usar un lugar común, parodiando a Antonio Gramsci, vivimos en una época en que lo viejo ya está muerto y lo nuevo aún no ha nacido.⁷⁶ La doctrina de la dificultad contramayoritaria previamente estudiada se basa en la premisa de que las decisiones de los órganos electivos, como el Congreso Nacional, siempre serían una expresión de la voluntad de la mayoría. Y que las decisiones dictadas por un Tribunal Supremo, cuyos miembros no son elegidos, nunca lo serían. Cualquier estudio empírico desacreditaría ambas proposiciones.

Por numerosas razones, el Legislativo no siempre expresa el sentimiento de la mayoría.⁷⁷ En efecto, durante muchas décadas, en todo el mundo

⁷⁶ Gramsci, Antonio, *Cuadernos de la prisión*, Turín, Ediciones Era, 1926-1937, <http://en.scribd.com/doc/63460598/Gramsci-Antonio-Cuadernos-de-La-Carcel-Tomo-1-OCR>: "La crisis consiste precisamente en el hecho de que lo viejo está muriendo y lo nuevo no puede nacer. Mientras tanto, aparece una amplia variedad de síntomas mórbidos". Véase también entrevista al sociólogo Bauman, Zigmunt, disponible en <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/24025-%60%60o-velho-mundo-esta-morrendo-mas-o-novo-ainda-no-nacido%60%60-entrevista-con-zigmunt-bauman>.

⁷⁷ Véase Barret Lain, Corinna, "Upside-down judicial review", *Georgetown Law Review*, vol. 101, 2012-2103. Véase también Klarman, Michael J., "The majoritarian judicial review: the entrenchment problem", *Georgetown Law Review* vol. 85, 1996-1997.

democrático, ha habido un discurso recurrente sobre la crisis de los parlamentos y las dificultades de la representación política. Desde Escandinavia hasta las Américas, una mezcla de escepticismo, indiferencia e insatisfacción marca la relación de la sociedad civil con la clase política. En países donde la votación no es obligatoria, las tasas de abstención revelan desinterés general. En los países con voto obligatorio, un porcentaje muy bajo de votantes logra recordar a quién votó en las últimas elecciones parlamentarias. Hay problemas asociados con (i) fallas del partido y del sistema electoral, (ii) minorías de partidos que actúan como *jugadores con veto*,⁷⁸ obstruyendo el procesamiento de la voluntad de la propia mayoría parlamentaria y (iii) la eventual captura por intereses especiales. La doctrina, que anteriormente enfocaba su interés en el problema de la dificultad contramayoritaria del Tribunal Constitucional, empieza a centrar su atención en el déficit democrático de la representación política.⁷⁹

Esa crisis de legitimidad, representatividad y funcionalidad de los parlamentos generó, como primera consecuencia, en diferentes partes

⁷⁸ Los *veto players* son actores individuales o colectivos con la capacidad de detener el juego o evitar el avance de una agenda. Para un estudio en profundidad del tema, Véase Tsebelis, George, *Veto players: how political institutions work*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2002. En portugués, Véase Abramovay, Pedro, *Separación de poderes y medidas provisionales*, Brasil, Elsevier, 2012, p. 44 y s.

⁷⁹ Véase Por ejemplo, Graber, Mark A., "The countermajoritarian difficulty: from courts to Congress to constitutional order", *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 4, 2008, pp. 361-362. En mi texto "Neoconstitucionalismo y constitucionalización del Derecho: el triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil", *Revista de Derecho Administrativo*, vol. 240, 2005, p. 41, escribí: "El ciudadano es diferente del elector; y el gobierno popular no es el gobierno del electorado. En general, el proceso político mayoritario está impulsado por intereses, mientras que la lógica democrática se inspira en valores. Y, muchas veces, solo quedará el poder judicial para preservarlos".

del mundo, un fortalecimiento del Poder Ejecutivo.⁸⁰ Sin embargo, en los últimos años, en muchos países ha habido una expansión del Poder Judicial y, en particular, de los Tribunales Supremos. En Estados Unidos, ese proceso ha tenido una mayor visibilidad durante el período de la Corte Warren, pero la verdad es que nunca ha retrocedido por completo. Solo ha habido un cambio en el equilibrio entre liberales y conservadores. El punto enfatizado aquí es que, en ciertos contextos, por paradójico que parezca, los recortes resultan ser más representativos de las aspiraciones y demandas sociales que las instancias políticas tradicionales. Algunas razones contribuyen a esto. La primera de ellas es la forma en que se nombran los jueces. En varios países, la selección se realiza mediante concurso público, con énfasis, por lo tanto, en la calificación técnica de los candidatos, sin influencia política. Pero incluso en los Estados Unidos, donde la elección tiene una clara dimensión política, existe un mínimo de calificación profesional que funciona como elemento básico para las nominaciones.

Otra razón es la condición vitalicia del juez, lo que significa que los jueces no están sujetos a las circunstancias a corto plazo de la política electoral. Además, los jueces no actúan por iniciativa propia: dependen de la provocación de las partes y no pueden decidir más allá de lo solicitado. Y por último, pero no menos importante, las decisiones judiciales deben estar motivadas. Esto significa que para que sean válidas,

⁸⁰ Esa concentración de poderes en el Ejecutivo tuvo lugar incluso en las democracias tradicionales y consolidadas, como la Constitución de la 5ª República Francesa, que retiró los poderes de la Asamblea Nacional y los transfirió a un presidente electo. Véase Tate, Neal y Vallinder, Torbjörn (eds.), *op. cit.*, p. 519.

nunca pueden ser un acto de pura discreción: el orden legal impone al juez de cualquier grado el deber de presentar razones, es decir, los fundamentos y argumentos de su razonamiento y persuasión. Deberíamos profundizar un poco más en este último punto. En una visión tradicional y puramente mayoritaria de la democracia, se reduciría a una *legitimación electoral* del poder. Según este criterio, el fascismo en Italia o el nazismo en Alemania podrían considerarse democráticos, al menos cuando se instalaron en el poder y durante el tiempo en que contaron con el apoyo de la mayoría de la población. Pero la legitimidad se mide no solo en el momento de la investidura, sino también por los medios empleados en el ejercicio del poder y los fines para los que está destinada.

La idea de la democracia deliberativa, basada precisamente en *la legitimación discursiva*, debe adoptarse aquí: las decisiones políticas deben ser producidas como resultado de un debate público libre, amplio y abierto, después del cual se dan las *razones* de las elecciones. Por eso se dijo anteriormente que la democracia contemporánea incluye votos y argumentos.⁸¹ Una *visión* importante en este ámbito es proporcionada por el filósofo alemán Robert Alexy, quien se refiere al Tribunal Constitucional como el *representante argumentativo de la sociedad*. Según él, la única forma de conciliar la jurisdicción constitucional con la democracia es también concebirla como una representación popular. Las personas racionales pueden aceptar argumentos sólidos y correctos.

⁸¹ Para profundizar esa discusión sobre la legitimación electoral y discursiva, Véase Mendonça, Eduardo, *La democracia de las masas y la democracia del pueblo: una reflexión sobre la dificultad contramayoritaria*, tesis mimeografiada, UERJ, 2014, p. 64-86.

El constitucionalismo democrático tiene una legitimación discursiva, que es un proyecto de institucionalización de la razón y la corrección.⁸²

Se deben hacer dos observaciones más. La primera de ellas es terminológica. Si uno acepta la tesis de que los organismos representativos pueden no reflejar la voluntad mayoritaria, un fallo de la Corte que revoca un acto del Congreso puede no ser contramayoritario. Lo que será invariablemente contra legislativo, contra congreso o contra parlamentario. La segunda observación es que el hecho de que no estén sujetos a ciertas vicisitudes que afectan a las dos ramas políticas de los Poderes no es, por supuesto, garantía de que las Cortes Supremas se inclinen a favor de las posiciones mayoritarias de la sociedad. La verdad, sin embargo, es que la observación minuciosa de la realidad revela que esto es exactamente lo que sucede. En los Estados Unidos, décadas de estudios empíricos demuestran el punto.⁸³

En este sentido, es bueno ver que algunas decisiones emblemáticas de la Corte Suprema de los Estados Unidos tenían una dimensión claramente representativa para legitimarlas. Uno de ellos fue *Griswold v.*

⁸² Véase Robert, Alexy, "Balancing, constitutional review, and representation", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, 2005, p. 578 y s.

⁸³ Barret Lain, Corinna, "Upside-down judicial review", *op. cit.*, p. 158. Véase también Dahl, Robert A., "Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker", *Journal of Public Law*, vol. 6, 1957, p. 285; y Rosen, Jeffrey, *The most democratic branch: how the courts serve America*, Nueva York, Oxford University Press, 2006, p. xii: "Lejos de proteger a las minorías contra la tiranía de las mayorías o contrarrestar la voluntad del pueblo, los tribunales, a lo largo de la mayor parte de la historia estadounidense, han tendido a reflejar la visión constitucional de las mayorías". Véase también McCloskey, Robert, *The American Supreme Court*, Chicago, University of Chicago Press, 1994, p. 209: "We might come closer to the truth if we said that the judges have often agreed with the main current of public sentiment because they were themselves part of that current, and not because they feared to disagree with it".

Connecticut,⁸⁴ emitido en 1965, que determinó que la ley del estado de Connecticut era inconstitucional por prohibir el uso de anticonceptivos incluso por parte de parejas casadas. Al reconocer un *derecho a la privacidad* que no estaba expresado en la Constitución, pero que podría extraerse de las "sombras" y "emanaciones" de otros derechos constitucionales, la Corte parece haber actuado para expresar el sentimiento mayoritario de la época. Por lo tanto, aunque la terminología tradicional califica esa decisión como contramayoritaria, en la medida en que invalida una ley estatal (Ley de Comstock de Connecticut de 1879), ciertamente fue *contra legislativa*, pero probablemente no contramayoritaria. Pese a que no hay datos totalmente confiables o encuestas de opinión del período, se puede suponer que la ley no expresaba el sentimiento de la mayoría a mediados de la década de 1960⁸⁵ —escenario de la revolución sexual y el movimiento feminista— por lo que la decisión fue, de hecho, *representativa*.

Otro ejemplo de desempeño representativo de la Corte Suprema de los Estados Unidos fue el fallo en *Lawrence v. Texas*,⁸⁶ de 2003, invalidando la ley estatal de Texas que criminalizaba las relaciones íntimas entre homosexuales. Al revertir la sentencia anterior, en el caso de *Bowers v. Hardwick*,⁸⁷ la sentencia del juez Anthony Kennedy sostuvo que los apelantes tenían derecho al respeto de su vida privada y que, bajo la

⁸⁴ 381 US 479 (1965).

⁸⁵ Véase Lepore, Jill, "To have and to hold: reproduction, marriage, and the Constitution", *The New Yorker magazine*, 25 de mayo de 2015, "Prohibir los anticonceptivos en un momento en que la abrumadora mayoría de los estadounidenses los usaba era, por supuesto, ridículo". La decisión en *Griswold* se extendió en *Eisenstadt v. Baird*, juzgado en 1972, a las parejas solteras.

⁸⁶ 539 US 558 (2003).

⁸⁷ 478 US 186 (1986).

cláusula sustantiva del debido proceso de la 14a Enmienda, su libertad de tener relaciones sexuales consentidas estaba protegida. Aunque los grupos religiosos expresaron fuertemente la opinión opuesta,⁸⁸ parece descartado que la mayoría de la población estadounidense, e incluso probablemente el propio estado de Texas, no consideró legítimo tratar las relaciones homosexuales como un delito. Así que aquí también, aunque etiquetado como contramayoritaria, la decisión de la Corte fue de hecho contra legislativa. Pero ciertamente representativa de una mayoría que, ya en la década de 2000, se había vuelto tolerante con la orientación sexual de las personas.

En Brasil, correspondía a la jurisdicción constitucional una serie de decisiones apoyadas por la mayoría de la población que no fueron aceptadas por la política mayoritaria. Este fue el caso de la decisión de la Corte Suprema Federal que reconoció la constitucionalidad de la prohibición de contratar cónyuge, pareja o parientes para ejercer la confianza y el cargo público en la estructura del Poder Judicial (nepotismo),⁸⁹ una prohibición que luego fue extendida por la jurisprudencia de la Corte a los Poderes Ejecutivo y Legislativo.⁹⁰ En la misma línea, la Corte declaró la inconstitucionalidad del financiamiento privado de las campañas electorales, ya que descubrió que, tal como estaba estructurado, dicho financiamiento reforzaba la influencia del poder económico en el resultado de las elecciones y distorsionaba el sistema representativo.⁹¹

⁸⁸ Véase Carpenter, Dale, *Flagrant Conduct. The history of Lawrence v. Texas* Conducta flagrante: la historia de Lawrence v. Texas, Nueva York, WW. Norton and Company, 2012, p. 268.

⁸⁹ STF, Pleno, ADC 12, Ponente Min. Ayres Britto, DJe 18 diciembre 2009.

⁹⁰ STF, Precedente Vinculante No. 13.

⁹¹ STF, Pleno, ADI 4650, Ponente Min. Luiz Fux, Full, DJe 24 de febrero 2016.

En otro caso importante, declaró la posibilidad de arresto después de que la Corte de Apelaciones confirmó la condena, incluso cuando todavía son posibles las apelaciones especiales y extraordinarias a los Tribunales Superiores.⁹² Las tres decisiones tuvieron amplio apoyo popular y representan cambios que podrían haberse realizado bajo la política de la mayoría, pero no lo fueron.

La función representativa de los tribunales también se puede ver en otras órdenes constitucionales. A modo de ilustración, la Corte Constitucional de Colombia ha reconocido el derecho al agua como un derecho fundamental de todos los ciudadanos colombianos. Le ha dado al Estado el deber de garantizar su suministro en cantidad y calidad adecuadas. Además, ha determinado que los ciudadanos de bajos ingresos tienen derecho a un volumen mínimo de 50 litros de agua por día, aunque no puedan pagarlo.⁹³ En Kenia,⁹⁴ un reciente fallo de la Corte

⁹² STF, Pleno, HC 126.292, Ponente Min. Teori Zavascki, j. 17 de febrero 2016; ADC 43 y 44 MC, Ponente Min. Marco Aurélio, j. 5 octubre 2016.

⁹³ El derecho fundamental al agua es el tema de varias decisiones de la Corte Constitucional de Colombia, tales como T-578/1992, T-140/1994, T-207/1995. La sentencia T-740/2011 produce una consolidación del asunto, que relaciona este derecho con los derechos a la dignidad, la vida y la salud. En este caso, la entidad que proporciona el servicio de agua potable había suspendido el servicio debido a la falta de pago de las tarifas adeudadas por un usuario. El Tribunal consideró la suspensión ilegítima, ya que es un usuario sin los medios económicos para sostenerse, y determinó a la entidad: (i) la restauración del suministro; y (ii) la revisión de los cobros, con base en la capacidad económica de la beneficiaria, para permitir el pago de los beneficios. En caso de imposibilidad de pago, la Corte estableció además, como se mencionó anteriormente, (iii) la obligación de la entidad de proporcionar al menos 50 litros de agua por día por persona o de proporcionar una fuente pública de agua para garantizar la misma cantidad de recursos.

⁹⁴ La Constitución de Kenia, promulgada en 2010, ha sido considerada responsable del notable progreso en la consecución de los derechos fundamentales y la lucha contra la corrupción. El país también tuvo la suerte de contar con un Chief Justice transformador. Ndung'u Wainaina, "Only Judiciary can save this country", *The Nairobi Law Monthly*, 4 de febrero de

Suprema declaró la inconstitucionalidad del artículo del Código Penal que penaliza la difamación, hasta dos años de prisión.⁹⁵ La decisión fue vista como un avance significativo en la protección de la libertad de expresión de los kenianos, ya que la disposición penal a menudo fue utilizada por políticos y funcionarios públicos para silenciar las críticas y denuncias de corrupción por parte de periodistas o incluso ciudadanos. En Canadá, la Corte Suprema reconoció en 1988 el derecho fundamental al aborto, invalidando una disposición del Código Penal que penalizaba el procedimiento.⁹⁶ Su carácter representativo se evidencia en las encuestas de opinión que señalaron que ya en 1982 (*es decir*, 6 años antes de la decisión), más del 75% de la población canadiense entendía que el aborto era una decisión personal de las mujeres.⁹⁷

3. El rol iluminista

Además del papel representativo descrito en el tema anterior, los Tribunales Supremos desempeñan ocasionalmente un rol iluminista. Es una competencia peligrosa, que se ejerce con gran parsimonia, por el riesgo democrático que plantea y por los recortes constitucionales para no convertirse en instancias hegemónicas. A lo largo de la historia, se han tenido que hacer algunos avances esenciales, en nombre de la razón, contra el sentido común, las leyes vigentes y la voluntad mayoritaria de

2015, <http://nairobiawmonthly.com/index.php/2015/02/04/only-judiciary-can-save-this-country/>

⁹⁵ Tribunal Superior de Kenia, *Jacqueline Okuta y otro v Fiscal General y otros 2* [2017] eKLR, <http://kenyalaw.org/caselaw/cases/view/130781>.

⁹⁶ Corte Suprema de Canadá, *Morgentaler, Smoling y Scott v. The Queen*, [1988] 1 SCR 30.

⁹⁷ Disponible en <http://www.nytimes.com/1982/12/13/world/canadian-doctor-campaigns-for-national-abortion-clinics.html>.

la sociedad.⁹⁸ La abolición de la esclavitud o la protección de las mujeres, las personas afrodescendientes, los homosexuales, las personas transgénero y las minorías religiosas, por ejemplo, no siempre puede hacerse de manera adecuada mediante los mecanismos tradicionales de canalización de las demandas sociales. Adelante hay una breve justificación para el uso del término *iluminista* en el contexto descrito aquí.

La Ilustración designa un movimiento filosófico integral que revolucionó el mundo de las ideas a lo largo del siglo XVIII.⁹⁹ Los *Lumière* en Francia, la *Enlightment*, en Inglaterra, el *Illuminismo* en Italia o *Aufklärung* en Alemania, fue la culminación de un ciclo histórico que comenzó con el Renacimiento en el siglo XIV, y tuvo como hitos la reforma protestante, la formación de los Estados nacionales, la llegada de los europeos a América y la revolución científica. La *razón* va al centro del sistema de pensamiento, la disociación de la fe y los dogmas de la teología cristiana.

⁹⁸ Contra la idea de que las Cortes pueden actuar como un instrumento de razón, Véase Smith, Steven D., "Judicial activism and "reason"", en Coutinho, Luís Pereira, et. al. (eds.), *Judicial activism: an interdisciplinary approach to the american and european experiences*, Suiza, Springer, 2015, p. 30: "And thus judicial discourse, once it is detached from the mundane conventions of reading texts and precedents in accordance with their natural or commonsensical meanings, loftily aspires to be the realization of "reason" but instead ends up degenerating into a discourse of mean-spirited denigration". El texto expresa gran disconformidad contra el fallo de la Corte Suprema en *Estados Unidos v. Windsor* (133 S. Ct. 1675, 2013), que consideró inconstitucional la sección del *Defense of Marriage Act (DOMA)* que limitaba el matrimonio a la unión entre hombre y mujer.

⁹⁹ Además de la *Enciclopedia*, con sus 35 volúmenes, coordinada por Diderot y D'Alambert y publicada entre 1751 y 1772, fueron autores y obras destacadas de la Ilustración: Montesquieu, *El espíritu de las leyes* (1748); Jean-Jacques Rousseau, *Discurso sobre la desigualdad* (1754) y *El contrato social* (1762); Voltaire, *Diccionario filosófico* (1764); Immanuel Kant, *¿Qué es la Iluminación?* (1784); John Locke, *Dos tratados gubernamentales*, (1689); David Hume, *Tratado sobre la naturaleza humana* (1739); Adam Smith, *La riqueza de las naciones* (1776) y Cesare Beccaria, *De crímenes y castigos* (1764), entre otros.

En ese contexto, crece el ideal de conocimiento y de libertad, con la difusión de valores como la limitación del poder, la tolerancia religiosa, la existencia de derechos naturales inalienables y el uso del método científico, entre otros. El camino estaba abierto para las próximas revoluciones liberales y para la democracia, que llegaría mucho más tarde, a comienzos del siglo XX. Históricamente, por lo tanto, la Ilustración es una idea asociada a la razón humanista, los derechos inalienables de la condición humana, la tolerancia, el conocimiento científico, la separación del Estado y la religión, y el avance de la historia hacia la emancipación intelectual, social y moral de las personas.

Es en ese sentido que el término se usa en ese tema: el de una razón humanista que impulsa el proceso civilizador y empuja la historia hacia el progreso social y la liberación de mujeres y hombres. Para vencer a cualquier calumnia sobre una visión autoritaria o aristocrática de la vida, la Ilustración en el contexto actual no se parece a una actitud análoga al *despotismo ilustrado*¹⁰⁰ o a los *filósofos reyes* de Platón.¹⁰¹ La analogía más

¹⁰⁰ El término se refiere a los monarcas absolutos que, en la segunda mitad del siglo XVIII, intentaron incorporar a su gobierno algunas ideas de la Ilustración, distinguiéndose así del modelo tradicional. La idea del contrato social comienza a superar la del derecho divino de los reyes, pero el poder permanecería con el monarca, que estaría en mejores condiciones para determinar y realizar los mejores intereses de sus súbditos. Ejemplos frecuentemente citados son los de Federico el Grande, que gobernó Prusia desde 1740 hasta 1786; Catalina II, emperatriz de Rusia desde 1762 hasta 1796; y José II de Habsburgo, emperador del Sacro Imperio Romano-Germánico. También se incluye en esa lista el Marqués de Pombal, primer ministro de Portugal desde 1750 hasta 1777. Véase la entrada *Enlightened despotism*, en Kors, Alan Charles (ed.), *Encyclopedia of the Enlightenment*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

¹⁰¹ Véase Platón, *La República*, 2015, Libro VI. En la sociedad ideal y justa, cuyo esquema trató de rastrear en este trabajo, Platón defendió la idea de que el gobierno debería ser dirigido por filósofos reyes, elegidos con base en la virtud y el conocimiento. En el comentario de Fredeick, Copleston, *A History of Philosophy*, v. I, Nueva Jersey, Paulist Press, 1993, p. 230: "El principio democrático del gobierno es, según Platón, absurdo: el gobernante debe gobernar en virtud del conocimiento, y este conocimiento debe ser el conocimiento de la verdad".

cercana sería con una tradición filosófica que proviene de Tomás de Aquino, Hegel y Kant de que la historia es un flujo continuo hacia el bien y la mejora de la condición humana.¹⁰² La razón de la Ilustración que se propaga aquí es la del pluralismo y la tolerancia, que se impone solo para vencer las supersticiones y los prejuicios, a fin de garantizar la dignidad humana y una buena vida para todos. Las intervenciones humanitarias que permite el papel iluminista de los tribunales no es imponer valores, sino garantizar que cada persona pueda vivir por su cuenta, profesar sus convicciones y respetar las convicciones de los demás.

Volviendo a los ejemplos descritos anteriormente. Hubo momentos en el proceso de evolución social cuando (i) la esclavitud era natural; (ii) las mujeres eran propiedad de sus esposos; (iii) las personas afrodescendientes no eran ciudadanas; (iv) los judíos eran herejes; (v) las personas discapacitadas fueron sacrificadas; y (vi) los homosexuales fueron asesinados.¹⁰³ Pero la historia de la humanidad es la historia de la superación de prejuicios, oscurantismo, supersticiones, visiones primitivas que excluyen al otro, al extranjero, lo diferente. A lo largo de los siglos, junto con la voluntad del monarca, la voluntad de la nación o la voluntad de las mayorías, se ha desarrollado una razón humanista que ha abierto nuevos caminos, iluminando la oscuridad, empujando a la historia. Desde la antigüedad, con Atenas, Roma y Jerusalén, el Derecho "siempre se ha encontrado en la intersección de la historia, la razón y la voluntad"¹⁰⁴

¹⁰² Sobre el punto, v. el notable artículo de Barrozo, Paulo, "The great alliance: history, reason, and will in modern law", *Law and Contemporary Problems*, vol. 78, 2015, pp. 257-258.

¹⁰³ Durante la Inquisición, los homosexuales fueron condenados a muerte en la hoguera. Véase la entrada "Death by burning", *Wikipedia*, https://en.wikipedia.org/wiki/Death_by_burning.

¹⁰⁴ Véase Barrozo, Paulo, *op. cit.*, p. 270.

Con la limitación del poder y la democratización del Estado y la sociedad, buscó albergar la voluntad mayoritaria y la razón de la Ilustración dentro del mismo documento, que es la Constitución. El poder dominante, como regla general, emana de la voluntad mayoritaria y de las instituciones a través de las cuales se manifiesta, que son el Legislativo y el Ejecutivo. Ocasionalmente, sin embargo, es necesario encender las luces en la oscuridad para someter la voluntad a la razón. En esos raros pero decisivos momentos, los Tribunales Constitucionales pueden necesitar ser los agentes de la historia. No es una misión fácil ni un éxito garantizado, como lo demuestran algunos ejemplos de la experiencia estadounidense.

Brown v. Board of Education,¹⁰⁵ juzgado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1954, es el ejemplo paradigmático de fallo iluminista para la confrontación abierta del racismo dominante en el Congreso y en la sociedad.¹⁰⁶ En un fallo unánime articulado por el nuevo *Presidente*

¹⁰⁵ 347 U.S 483 (1954).

¹⁰⁶ La decisión involucró la declaración de inconstitucionalidad de varias leyes, y en ese sentido tiene una dimensión contralegal o, más propiamente, contralegislativa. Además, hay autores que consideran que a mediados de la década de 1950, la posición contra la segregación racial en las escuelas ya era mayoritaria en la sociedad estadounidense. Véase Barret Lain, Corinna, *op. cit.*, pp. 121-22, con referencia a Michael J. Klarman, Cass R. Sunstein y Jack Balkin. Esto haría de *Brown* una decisión *representativa* en la categorización propuesta en este documento. El argumento es cuestionable, ya que en ese momento las leyes de 17 estados preveían la segregación racial, mientras que 16 lo prohibían. Además, en el primer grado de jurisdicción, los autores de las cinco acciones fueron derrotados. En la apelación, el Tribunal de Delaware garantizó el derecho de 11 niños a asistir a escuelas con blancos. Y el Tribunal de Kansas reconoció que la segregación tenía consecuencias negativas para los niños negros. Véase Greenspan, Jesse, "10 Things You Should Know About Brown v. Board of Education", *History.com*, May 16 de 2014, <http://www.history.com/news/10-things-you-should-know-about-brown-v-board-of-education>. En cualquier caso, incluso si el puesto fuera de hecho mayoritario, no podría superar el bloqueo de los senadores del sur a ninguna legislación

del Tribunal Supremo, Earl Warren, designado por Eisenhower, el Tribunal sostuvo que "había una desigualdad intrínseca en la imposición de *instalaciones educativas separadas que son inherentemente desiguales*" en violación de la Enmienda 14 a la Constitución Americana, que impone la igualdad ante la ley. La decisión enfatizó la importancia de la educación en las sociedades modernas y declaró que la segregación les dio a los niños negros "un sentido de inferioridad sobre su *estatus* en la comunidad". Y, basándose en estudios de ciencias sociales, concluyó que la segregación traía importantes desventajas psicológicas y sociales para los niños negros.¹⁰⁷ El carácter iluminista del juicio se manifestó en la superación del sentido común mayoritario, que ocultó el prejuicio detrás de la doctrina de "separado pero igual"¹⁰⁸ —y el consiguiente cambio de paradigma en asuntos raciales, habiendo funcionado como un catalizador para el movimiento moderno de derechos civiles.¹⁰⁹ Las reacciones del *status quo* vinieron de varias maneras: la resistencia a cumplir con la decisión,¹¹⁰ crítica política— la Corte actuó como "una

federal a tal efecto. Silverstein, Gordon, *Law's Allure: how law shapes, constrains, saves, and kills politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 270-1.

¹⁰⁷ Véase Grimm, Dieter *Constitutionalism: past, presente, and future... op. cit.*

¹⁰⁸ *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537 (1896).

¹⁰⁹ Véase *Brown v. Board of Education*, Leadership Conference on Civil and Human Rights: "The *Brown* case served as a catalyst for the modern civil rights movement, inspiring education reform everywhere and forming the legal means of challenging segregation in all areas of society", [http://www.civilrights.org/education/brown/?](http://www.civilrights.org/education/brown/).

¹¹⁰ La decisión no explicaba cómo se implementaría para terminar con la segregación racial en las escuelas públicas. Al año siguiente, en un ensayo conocido como *Brown II* (*Brown v. Board of Education*, 349 US 294, 1955), la Corte Suprema delegó a los tribunales de distrito la tarea de cumplir con la decisión de la Corte Suprema, acuñando la expresión que se haría famosa (y problemática): "con toda la velocidad recomendada" ("*with all deliberate speed*"). *Deliberate* también se puede traducir al como cauteloso.

tercera cámara legislativa"¹¹¹ y la crítica doctrinal: *Brown* no habría observado "principios neutrales" de interpretación constitucional.¹¹²

Otras decisiones importantes de la Corte Suprema estadounidense pueden ser consideradas iluministas en el sentido que se usa aquí. *Loving v. Virginia*,¹¹³ juzgado en 1967, consideró que la ley que prohibía los matrimonios entre blancos y negros era inconstitucional. La decisión unánime revirtió el precedente establecido en *Pace v. Alabama*,¹¹⁴ 1883. Desde la época colonial, varios estados tenían leyes anti-mestizaje. En 1967, cuando hubo la sentencia en *Loving*, los 16 estados del sur tenían leyes con este contenido.¹¹⁵ Es posible, aunque no del todo seguro, que la mayoría de la población estadounidense sea contraria a tales leyes, que tomarían la decisión a nivel nacional, aunque fuera iluminista para los estados del sur, al imponer heterónomamente una concepción de igualdad diferente de lo que habían practicado hasta entonces. Una vez más, vale la pena recordar que se está utilizando el término iluminista para identificar una decisión que no corresponde a la voluntad

¹¹¹ Hand, Learned, *The Bill of Rights (Atheneum 1977)*, Cambridge, Harvard University Press, 1958, p. 55. Véase también Klarman, Michael, "The Supreme Court, 2012 Term - Comment: Windsor and Brown: Marriage Equality and Racial Equality", *Harvard Law Review*, vol. 127, 2013.

¹¹² Wechsler, Herbert, "Toward neutral principles of constitutional law", *Harvard Law Review*, vol.73, 1959, p. 34: "Dada una situación en la que el estado tiene que elegir entre negar la integración a quienes la desean o imponerla a quienes desean evitarla, ¿se puede argumentar, en base a principios neutrales, que la Constitución exige que la demanda de quien quiere que la integración prevalezca?"

¹¹³ 388 U.S. 1 (1967).

¹¹⁴ 106 U.S. 583 (1883).

¹¹⁵ La sentencia de *Loving v. Virginia* señaló en la nota a pie de página n. 5: "After the initiation of this litigation, Maryland repealed its prohibitions against interracial marriage, Md.Laws 1967, c. 6, leaving Virginia and 15 other States with statutes outlawing interracial marriage: Alabama, Arkansas, Delaware, Florida, Georgia, Kentucky, Louisiana, Mississippi, Missouri, North Carolina, Oklahoma, South Carolina, Tennessee, Texas, and West Virginia".

del Congreso o al sentimiento mayoritario de la sociedad, pero que, sin embargo, se considera correcta, justa y legítima. Uno puede preguntar: ¿y quién certifica el carácter iluminista del fallo? A veces, los propios contemporáneos pasan por un proceso de conciencia después de su entrega, capturando el espíritu del tiempo (*Zeitgeist*). Cuando esto no sucede, depende de la historia documentar si fue iluminación o, por el contrario, un desajuste histórico.

Las dos últimas decisiones aquí señaladas como iluministas presentan las complejidades de los temas asociados con las convicciones religiosas. En relación con ellos, la palabra Iluminación se acerca a sus orígenes históricos. En *Roe v. Wade*,¹¹⁶ juzgado en 1973, el Tribunal Supremo, por 7 votos contra 2, confirmó el derecho de una mujer a abortar en el primer trimestre del embarazo, con total autonomía, basada en el derecho a la privacidad. Más tarde, en *Planned Parenthood v. Casey*¹¹⁷ (1992), el criterio del primer trimestre fue reemplazado por el criterio de viabilidad fetal, pero la esencia de lo que se decidió en *Roe* permanece. La decisión es celebrada por muchos en todo el mundo como la afirmación de una serie de derechos fundamentales de las mujeres, incluidos su autonomía, sus derechos sexuales y reproductivos y la igualdad de género. Sin embargo, la sociedad estadounidense, en gran parte por impulso religioso, sigue fuertemente dividida entre los grupos pro-elección y provida.¹¹⁸ Algunos autores afirman que el fallo de la Corte

¹¹⁶ 410 U.S. 113 (1973).

¹¹⁷ 505 U.S. 833 (1992).

¹¹⁸ Según las encuestas realizadas por Gallup entre 1995 y 2008, la mayoría de los estadounidenses ha hablado a favor del derecho a elegir. De 2009 a 2014, hubo un cambio, con la prevalencia de quienes opinaron a favor de la posición pro-vida. Véase Saad, Lydia,

Suprema habría interrumpido el debate y la tendencia hacia el reconocimiento del derecho al aborto, causando una *reacción violenta* entre los segmentos derrotados.¹¹⁹ Tal vez, pero aquí se aplica la frase inspiradora de Martin Luther King Jr: "Siempre es el momento adecuado para hacer lo correcto".¹²⁰

En *Obergefell v. Hodges*, juzgado en 2015, la Corte Suprema dictaminó que el matrimonio es un derecho fundamental que no se puede negar a las parejas del mismo sexo y que los estados deben reconocer los matrimonios del mismo sexo celebrados en otros estados como legítimos. Con 5 votos a 4, la mayoría de los ministros entendió que se trata de un derecho garantizado por las disposiciones del debido proceso y la igualdad entró en la Enmienda 14 de la Constitución. La decisión fue la culminación de una trayectoria de superación de prejuicios y discriminación contra los homosexuales a lo largo de la historia. En la propia Corte Suprema hubo hitos anteriores, ya citados aquí, como

"More Americans 'Pro-Life' Than 'Pro-Choice' For First Time", en <http://www.gallup.com/poll/118399/More-Americans-Pro-Life-Than-Pro-Choice-First-Time.aspx>. En 2015, según Gallup, volvió a prevalecer el número de quienes defienden la posición a favor del derecho de elección. Véase Saad, Lydia, "Americans Choose 'Pro-Choice' For First Time in Seven Years", en <http://www.gallup.com/poll/183434/americans-choose-pro-choice-first-time-seven-years.aspx>.

¹¹⁹ Sunstein, Cass R., "Three civil rights fallacies", *California Law Review*, vol. 79, 1991, p. 766: "By 1973, however, state legislatures were moving firmly to expand legal access to abortion, and it is likely that a broad guarantee of access would have been available even without Roe. (...) [T]he decision may well have created the Moral Majority, helped defeat the equal rights amendment, and undermined the women's movement by spurring opposition and demobilizing potential adherents". Sobre el tema, Véase también Post, Robert y Reva Siegel, Roe, "Democratic constitutionalism and backlash", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 42, 2007.

¹²⁰ Luther King Jr., Martin, "The Future of Integration. Conferencia dada en Oberlin", *The time is always right to do what's right*, 22 de octubre de 1964.

Bowers v. Hardwick,¹²¹ en que se consideró legítima la criminalización de las relaciones íntimas del mismo sexo, y *Lawrence v. Texas*,¹²² que superó esta comprensión, afirmando el derecho de las parejas homosexuales a la libertad y la privacidad, basado en la cláusula del debido proceso de la Enmienda 14 a la Constitución. En su voto mayoritario, el juez Anthony Kennedy elogió la "importancia trascendente del matrimonio" y su "centralidad en la condición humana". La crítica severa y exaltada del fallecido juez Antonin Scalia merece ser notada, acusando a la mayoría de hacer una "revisión constitucional", creando libertades que la Constitución y sus enmiendas no mencionan, y "robando del pueblo (...) la libertad de autogobernarse". *Obergefell* representa un choque contundente entre la iluminación y el originalismo. Según algunas encuestas, una pequeña mayoría de la población apoyaba el matrimonio entre personas del mismo sexo,¹²³ lo que significa que el fallo de la Corte Suprema podría considerarse representativo, aunque contra legislativo.

En realidad, sin embargo, incluso las decisiones iluministas, capaces de superar los bloqueos institucionales y empujar la historia, deben ser seguidas por un esfuerzo de persuasión, de convencimiento racional.

¹²¹ 478 U.S. 186 (1986).

¹²² 539 U.S. 558 (2003).

¹²³ Véase Justin McCarthy, U.S. Support for Gay Marriage Stable After High Court Ruling, 17 de julio de 2015, <http://www.gallup.com/poll/184217/support-gay-marriage-stable-high-court-ruling.aspx>. La investigación de Gallup, en la que se basa el artículo, apunta a un porcentaje de soporte del 58%. La encuesta de *Associated Press* mostró tasas más ajustadas: 42% a favor y 40% en contra. Curiosamente, cuando se les preguntó en la misma encuesta si apoyaban o no el fallo de la Corte Suprema, el 39% dijo estar a favor y el 41% en contra. Véase Cray, David y Swanson, Emily, "AP Poll: sharp divisions after high court backs gay marriage", 19 de julio de 2015, <http://www.lgbtqnation.com/2015/07/ap-poll-sharp-divisions-after-high-court-backs-gay-marriage/>

Los sentimientos y preocupaciones de las personas derrotadas en los casos judiciales relacionados con cuestiones políticas no deben ser ignorados o menospreciados. Por lo tanto, los ganadores, sin arrogancia, deben continuar exponiendo con buena fe, racionalidad y transparencia sus motivaciones. Deben buscar ganar políticamente lo que han obtenido en la Corte.¹²⁴ Ya ha habido avances iluministas dirigidos por los tribunales que no prevalecieron, derrotados por convicciones arraigadas en el sentimiento social. Esto es lo que sucedió, por ejemplo, con respecto a la sentencia de muerte. En *Furman v. Georgia*,¹²⁵ 408 U.S. 238 (1972), juzgado en 1972, el Tribunal Supremo consideró la sentencia de muerte inconstitucional tal como se aplica en 39 estados de la Federación.¹²⁶ La base principal fue la ausencia de criterios en las decisiones de los jurados y el impacto desproporcionado en las minorías. Sin embargo, en 1976, la mayoría de los estados habían aprobado nuevas leyes de sentencia de muerte, eludiendo la Corte Suprema. En *Gregg v. Georgia*,¹²⁷ la Corte Suprema finalmente reconoció la validez de la nueva versión del derecho penal de ese estado.

¹²⁴ Silverstein, Gordon, *Law's Allure: how law shapes, constrains, saves, and kills politics*, 2009, Cambridge, Cambridge University Press, p. 268: "El uso más efectivo para las decisiones judiciales es cuando funcionan como un ariete, rompiendo barreras políticas e institucionales. Pero el hecho de no continuar el debate sobre el tema, utilizando el arte político de la persuasión, pone en riesgo esos beneficios si —y casi inevitablemente, cuando— el Poder Judicial cambia, nuevos jueces asumen el cargo y surgen nuevas corrientes de interpretación o nuevas preferencias judiciales".

¹²⁵ 408 U.S. 238 (1972).

¹²⁶ Para un estudio del tema, Véase Barret Lain, Corinna, "Upside-down judicial review", *op. cit.*, p. 12 y s.

¹²⁷ 428 U.S. 153 (1976).

El constitucionalismo es el producto de un conjunto de factores históricos que incluyen contractualismo, iluminación y liberalismo. Los Tribunales Supremos de los Estados democráticos deben actuar fielmente sobre los valores subyacentes a esos movimientos políticos y filosóficos que moldearon la condición humana en la modernidad, así como sus instituciones. Pero la consecución de la justicia, como cualquier esfuerzo bajo el cielo, está sujeta a errores humanos y accidentes. A veces, en lugar de contener la violencia, ser un instrumento de la razón y garantizar los derechos fundamentales, los tribunales eventualmente pueden dejar de cumplir sus propósitos. En la historia de Estados Unidos, al menos dos decisiones son candidatas fuertes para el símbolo de la oscuridad en lugar de la luz. El primero fue *Dred Scott v. Sandford*,¹²⁸ 1857, en el cual la Corte Suprema declaró que los negros no eran ciudadanos estadounidenses y, en consecuencia, no tenían derecho a postular su propia libertad. El fallo se considera históricamente el peor momento en la historia de la Corte Suprema.¹²⁹ También merece figurar en el lado oscuro del constitucionalismo estadounidense la decisión en *Korematsu v. Estados Unidos*,¹³⁰ juzgado en 1944, cuando la Corte Suprema confirmó el acto del Ejecutivo que confinaba a personas de origen japonés, incluidos ciudadanos estadounidenses, en campos de internamiento (y encarcelación). La decisión, que afectó a

¹²⁸ 60 U.S. 393 (1857).

¹²⁹ Burt, Robert A., "What was wrong with Dred Scott, what's right about Brown", *Washington and Lee Law Review*, vol. 42, 1985, pp. 1 y 13: "No Supreme Court decision has been more consistently reviled than *Dred Scott v. Sandford*. Other decisions have been attacked, even virulently, by both contemporary and later critics; (...) But of all the repudiated decisions, *Dred Scott* carries the deepest stigma. (...) *Dred Scott* may have proven the Supreme Court's unreliability as a wise guide, as a moral arbiter, for a troubled nation".

¹³⁰ 323 U.S. 214 (1944).

120.000 personas¹³¹ es ampliamente criticada,¹³² y ya fue referida como "una mancha en la jurisprudencia estadounidense".¹³³

En Brasil, el Supremo Tribunal Federal ha emitido varias sentencias que pueden considerarse iluministas en el sentido establecido anteriormente. La Corte, por ejemplo, reconoció las uniones del mismo sexo como una entidad familiar y les extendió el régimen legal aplicable a las uniones estables entre personas heterosexuales, basado en el derecho a la no discriminación por razón de sexo y la protección constitucional conferida a la familia.¹³⁴ En 2016, declaró inconstitucional la regla que rige la *vaquejada*, una antigua manifestación cultural en el noreste del país en la que un par de vaqueros, montados en caballos, busca derribar al toro en un área demarcada. A pesar de la popularidad de la práctica, el Tribunal determinó que era cruel con los animales, prohibida por la Constitución Federal.¹³⁵ Más recientemente, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad del delito de aborto hasta el tercer mes de embarazo sobre la base de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, su derecho a la autonomía, la integridad física y mental y la igualdad.¹³⁶

¹³¹ Bernick, Evan, "Answering the Supreme Court's critics: The court should do more, not less to enforce the Constitution", *The Huffington Post*, 23 de octubre de 2015, http://www.huffingtonpost.com/evan-bernick/answering-the-supreme-cou_b_8371148.html.

¹³² Feldman, Noah, "Why Korematsu is not a precedent", *New York Times*, 18 de noviembre de 2016, https://www.nytimes.com/2016/11/21/opinion/why-korematsu-is-not-a-precedent.html?_r=0.

¹³³ Véase Takei, Carl, "The incarceration of Japanese Americans in World War II Does Not Provide a Legal Cover for Muslim Registry", *L. A. Times*, 27 de noviembre de 2016, <http://www.latimes.com/opinion/op-ed/la-oe-takei-constitutionality-of-japanese-internment-20161127-story.html>.

¹³⁴ STF, Pleno, ADI 4277, Ponente Min. Ayres Britto, DJe 14 de octubre 2011.

¹³⁵ STF, Pleno, ADI 4983, Ponente Min. Marco Aurelio, j. 16 de diciembre 2016. Lamentablemente, una enmienda constitucional fue aprobada después de la decisión, con miras a superarla, buscando legitimar la práctica considerada cruel por la Corte Suprema.

¹³⁶ STF, Primera Sala, HC 124.306, Ponente Min. Marco Aurélio, Ponente para sentencia Min. Luís Roberto Barroso, j. 29 de noviembre 2016.

Con respecto a tales casos, evidencias indican que el Tribunal decidió en contra de la opinión predominante de la población y del Legislativo fuertemente conservador.¹³⁷

El rol iluminista también se manifiesta en varios casos paradigmáticos decididos por tribunales extranjeros. En el famoso caso Lüth,¹³⁸ el Tribunal Constitucional Federal alemán reconoció la posibilidad de reinterpretar las normas no constitucionales de derecho privado a la luz de los valores expresados por los derechos fundamentales.¹³⁹ La decisión se consideró el hito inicial del proceso de constitucionalización de la ley y permitió en Alemania una verdadera revolución en el derecho civil.¹⁴⁰ Sin embargo, su relevancia era posiblemente difícil de acceder en ese momento por la población en general.¹⁴¹ En 1995, en su primera

¹³⁷ En cuanto a las uniones homosexuales, la investigación de IBOPE indicó que el 55% de la población estaba en contra de su reconocimiento (Ibope: el 55% de la población está en contra de la unión civil gay, *Revista Época*, 28 de julio de 2011, <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI252815-15228,00.html>). La declaración de inconstitucionalidad de la criminalización del aborto en el primer trimestre de la gestación provocó protestas de los parlamentarios y el establecimiento de un comité en la Cámara de Representantes para tratar de revertir la decisión del STF (Rossi, Marina, "Cámara toma una ofensiva para revisar la decisión de la Corte Suprema sobre el aborto: la misma noche que la Corte Suprema dictamina que el aborto hasta el tercer mes no es un delito, los diputados instalan una comisión para revisar la decisión", *El País*, 2 de diciembre de 2016, http://brasil.elpais.co/brasil/2016/11/30/politica/1480517402_133088.html, consultado el 27 de marzo 2017).

¹³⁸ BVerfGE 7, 198, Lüth-Urteil, j. 15 de enero 1958.

¹³⁹ Quint, Peter E., "Free speech and private Law in german constitutional theory", *Maryland Law Review*, vol. 48, 1989, p. 247-290.

¹⁴⁰ Barroso, Luis Roberto, *Neoconstitucionalismo y constitucionalización del derecho: el triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil*, UNAM, Mexico, 2008.

¹⁴¹ En ese caso, Lüth, presidente del Club de Prensa de Hamburgo, defendió, sobre la base del derecho constitucional a la libertad de expresión, la legitimidad de llamar al boicot de una película dirigida por un cineasta nazi. El cineasta y sus socios comerciales, a su vez, alegaron que el Código Civil alemán prohíbe la medida. Cuando el caso fue decidido por el Tribunal Constitucional Federal, la película ya había sido transmitida y había sido un éxito de taquilla,

decisión importante, y aún bajo la constitución interina que gobernaba la transición en el país, la recién creada Corte Suprema de Sudáfrica derogó la pena de muerte, poniendo fin a la práctica de décadas de ejecución de criminales condenados por delitos graves, en su mayoría negros.¹⁴² Diferente de lo que cabría imaginar, la decisión era contraria a gran parte de la población y, hasta la actualidad, hay partidos y grupos organizados compuestos de blancos y negros a favor del retorno de la condena capital. En 2014, en un caso que se hizo bastante famoso debido a su naturaleza sin precedentes, la Corte Suprema de la India otorgó a las personas transgénero el derecho de autoidentificarse como género masculino, femenino o "tercer género".¹⁴³ También ordenó al gobierno que tome medidas para sensibilizar al público y promover políticas que faciliten el acceso de personas transgénero a empleos e instituciones educativas.

Antes de concluir, un último pensamiento es pertinente. Se ha dicho que los Tribunales Constitucionales pueden desempeñar tres funciones: contramayoritaria, representativa e iluminista. Esto no significa que sus decisiones sean siempre correctas y estén dotadas de legitimación *a priori*. Si el Tribunal es contramayoritario cuando debería haber sido deferente, su línea de conducta no será defendible. Si él trata de ser

por lo que, en este sentido práctico, la decisión tuvo poca repercusión pública. Véase Collings, Justin, *Democracy's guardians: a history of the german Federal Constitutional Court 1951-2001*, New York, Oxford University Press, 2015, pp. 57-62; Noack, Frank, *Veit Harlan: the life and work of a nazi filmmaker*, Lexington, The University Press of Kentucky, 2016.

¹⁴² *S v Makwanyane and Another* (CCT3 / 94) [1995].

¹⁴³ *National Legal Services Authority v. Union of India*, 2014.

representativo cuando el Congreso no falla en satisfacer una demanda social particular, su interferencia será inapropiada. O si desea desempeñar un papel iluminista fuera de las situaciones extraordinarias en las que, por excepción, debe imbuirse del papel de agente de la historia, no hay forma de absolver su comportamiento. Además, cada rol puede sufrir una adicción del exceso: el rol contramayoritario puede degenerar en demasiada intervención en el espacio político, dando lugar a una dictadura judicial indeseable; el papel representativo puede disminuir en el populismo judicial, que es tan malo como cualquier otro; y la función iluminista es antípoda al desempeño eventual de un papel oscurantista, en el cual la Corte Suprema o la Corte Constitucional, en lugar de presionar, retrasa la historia.

V. Conclusión

Este ensayo buscó explorar algunos temas relevantes y recurrentes del derecho constitucional contemporáneo, en un escenario de intensa circulación mundial de ideas, numerosas publicaciones específicas y sucesivas reuniones internacionales que involucran académicos y jueces constitucionales de diferentes países. La imagen del constitucionalismo global se cultiva cada vez más. Para evitar las ilusiones, se debe tener en cuenta desde el principio que esa imagen no corresponde a la creación de un único orden legal con organismos supranacionales diseñados para hacerla cumplir. Esa es una ambición fuera del alcance del cuadro actual. Más realista, el constitucionalismo global se traduce en la existencia de una herencia común de valores, conceptos e instituciones que acercan a los países democráticos, creando una gramática, semántica y un conjunto de propósitos comunes.

A modo de conclusión, me gustaría subrayar algunos puntos específicos desarrollados a lo largo del texto. La primera es que la judicialización y el activismo judicial no son lo mismo. La judicialización significa que algunos de los grandes problemas políticos, morales y sociales de nuestro tiempo tienen algunos de sus capítulos decisivos ante los tribunales. Eso se debe a la disposición institucional de las democracias contemporáneas, que proporcionan y facilitan el acceso a la justicia mediante diferentes mecanismos. El activismo judicial, por otro lado, es una actitud, un desempeño expansivo del Poder Judicial, ocupando espacios tradicionalmente percibidos como legislativos. A pesar de la connotación negativa que el término ha asumido con el tiempo, esa intervención judicial más amplia no es necesariamente mala. Por el contrario, algunos de los momentos más importantes del constitucionalismo mundial se debieron a una postura más activista de los tribunales constitucionales. Era un buen momento para encontrar un término alternativo para distinguir el desempeño inadecuado del Poder Judicial del legítimo, especialmente para la defensa de los derechos fundamentales.

El segundo punto es que la ley debe tener un fuerte reclamo de autonomía en relación con la política. Pero esa autonomía siempre será relativa. En lo que respecta a su *creación*, la ley es indudablemente un producto de la política, la manifestación de la voluntad de las mayorías. Es en la *aplicación* de la ley que se impone la separación de la política. Sin embargo, en las sociedades contemporáneas complejas, la ley no puede eliminar un grado significativo de subjetividad en el desempeño de los tribunales. Las ambigüedades, las normas que protegen los valores opuestos y los desacuerdos morales siempre subsistirán. Como

resultado, al menos en casos difíciles, siempre habrá una dimensión creativa, y por lo tanto inevitablemente política, en las decisiones judiciales.

El tercer punto es que las democracias contemporáneas son hechas de votos, derechos y razones. Los jueces y los tribunales, por regla general, no dependen de los votos, pero viven protegiendo los derechos y ofreciendo sus razones. En ese contexto, los Tribunales Supremos y los Tribunales Constitucionales juegan tres papeles principales: contramayoritario, cuando invalidan los actos de los Poderes elegidos; representativos, cuando satisfacen demandas sociales no satisfechas por las instancias políticas; e iluminista, cuando promueven avances civilizadores independientemente de las mayorías políticas circunstanciales. Esa última competencia, como se intuye, debe ejercerse en momentos excepcionales y con gran precaución por el riesgo autoritario que implica. Pero la protección de las personas afrodescendientes, las mujeres, los homosexuales y las minorías en general ni siquiera puede depender del voto mayoritario o de las encuestas de opinión pública.

Finalmente, incluso en países donde una Corte da la última palabra sobre la interpretación de la Constitución y la constitucionalidad de las leyes, ese hecho no la convierte en el único —ni el principal— foro de debate y reconocimiento de la voluntad constitucional en todo momento. La jurisdicción constitucional debe funcionar como una etapa de diálogo más amplio con el legislador y la esfera pública, sin suprimir u oprimir la voz del pueblo, el movimiento social y los canales de expresión de la sociedad. Nunca está de más recordar que el poder emana del pueblo, no de los jueces.

Bibliografía

ABRAMOVAY, Pedro, *Separación de poderes y medidas provisionales*, Brasil, Elsevier, 2012.

ALEXY, Robert, *A Theory of Legal Argumentation*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

———, *La institucionalización de la justicia*, Granada, Comares, 2005.

———, "Balancing, constitutional review, and representation", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, 2005.

ALMEIDA RIBEIRO, Gonçalo de, "Judicial activism and fidelity to Law", en Pereira Coutinho, Luís et. al. (eds), *Judicial activism: an interdisciplinary approach to the american and european experiences*, Nueva York, Springer, 2015.

ANGELL, Alan et. al., (eds.), *The judicialization of politics in Latin America*, New York, Springer, 2005.

ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2012.

BARAK, Aharon, "A judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy", *Harvard Law Review*, vol. 116, núm. 1, 2002.

BARNETT, Randy E., "Clichés Constitucionales", *Capital University Law Review*, vol. 36, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de, *Derechos fundamentales y derecho a la justificación: debido proceso en la elaboración normativa*, 2016.

BARRET LAIN, Corinna, "Upside-down judicial review", *Georgetown Law Review*, vol. 101, 2012-2103.

BARROSO, Luís Roberto, "Reason without vote: the representative and majoritarian function of constitutional courts", en Bustamante, Thomas y Gonçalves Fernandes, Bernardo (eds.), *Democratizing constitutional law*, Springer, Suiza, 2016.

_____ y Osorio, Aline, "¿Sabes con quien estás hablando?": algunos apuntes sobre el principio de la igualdad en el Brasil contemporâneo", *SELA*, 2015.

_____, "La desigualdad", *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*, 2015.

_____, "Here, there, and everywhere: human dignity in contemporary law and in the transnational discourse", *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 35, 2012.

_____, "El ascenso político de los tribunales supremos y el poder judicial", *Consultor Jurídico*, 6 de junio de 2012.

_____, "The americanization of constitutional law and its paradoxes: constitutional theory and constitutional jurisdiction in the contemporary world", *ILSA - Journal of International and Comparative Law* vol. 16, 2009-2010.

_____, "Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo", *Revista Jurídica da Presidência*, vol. 96, 2010.

_____, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2009.

_____, *Neoconstitucionalismo y constitucionalización del derecho: el triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil*, UNAM, Mexico, 2008.

_____, "Neoconstitucionalismo y constitucionalización del Derecho: el triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil", *Revista de Derecho Administrativo*, vol. 240, 2005.

BARROZO, Paulo, "The great alliance: history, reason, and will in modern law", *Law and Contemporary Problems*, vol. 78, 2015.

BERNICK, Evan, "Answering the Supreme Court's critics: The court should do more, not less to enforce the Constitution", *The Huffington Post*, 23 de octubre de 2015.

- BICKEL, Alexander, *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics*, New Haven, Yale University Press, 1986.
- BILDER, Mary, "The corporate origins of judicial review", *The Yale Law Journal*, vol. 116, 2006-2007.
- BREYER, Stephen, *The court and the world: american law and the new global realities*, New York, Alfred A. Knopf, 2015.
- BURT, Robert A., "What was wrong with Dred Scott, what's right about Brown", *Washington and Lee Law Review*, vol. 42, 1985.
- CARPENTER, Dale, *Flagrant Conduct. The history of Lawrence v. Texas Conducta flagrante: la historia de Lawrence v. Texas*, Nueva York, WW. Norton and Company, 2012.
- CHOUHRY, Sujit, "Migration as a New Metaphor in Comparative Constitutional Law", en Choudhry, Sujit (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, New York, Cambridge University Press, 2005.
- COLLINGS, Justin, *Democracy's guardians: a history of the german Federal Constitutional Court 1951-2001*, New York, Oxford University Press, 2015.
- CRARY, David y Swanson, Emily, "AP Poll: sharp divisions after high court backs gay marriage", 19 de julio de 2015.
- CROSS, Frank B. y Lindquist, Stephanie A., "The Scientific Study of Judicial Activism", *Minnesota Law Review*, vol. 91, 2007.

DAHL, Robert A., "Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker", *Journal of Public Law*, vol. 6, 1957.

DORF, Michael, *No Litmus Test: Law versus Politics in the twentieth century*, Maryland, Rowan and Littlefield Publishers, 2006.

DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Londres, Gerald Duckworth and Co. Ltd, 1997.

_____, *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996.

_____, *A matter of principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.

ELSTER, John, *Ulysses and the sirens*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.

ELY, John Hart, *Democracy and distrust*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

EPSTEIN, Lee y KNIGHT, Jack, *The choices justices make*, Washington, CQ Press, 1998.

_____, y WALKER, Thomas G., *Constitutional law for a changing America: institutional powers and constraints*, Washington DC., Congressional Quarterly Press, 1995.

FELDMAN, Noah, "Why Korematsu is not a precedent", *New York Times*, 18 de noviembre de 2016.

FRIEDMAN, Barry, "The Politics of Judicial Review", *Texas Law Review*, vol. 84, 2005.

GARAPON, Antoine, *El juez y la democracia: el guardián de las promesas*, España, Flor del viento, 1999.

GARDBAUM, Stephen, *The new commonwealth model of constitutionalism: theory and practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

GEWIRTZ, Paul y GOLDBER, Chad, "So who are the activists?", *New York Times*, 6 de julio de 2005.

GINSBURG, Tom y VERSTEEG, Mila, "Why do countries adopt constitutional review?", *The Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 30, 2013.

———, *Judicial review in new democracies: constitutional courts in Asian cases*, New York, Cambridge University Press, 2003.

GRABER, Mark A., "The countermajoritarian difficulty: from courts to Congress to constitutional order", *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 4, 2008.

GRAMSCI, Antonio, *Cuadernos de la prisión*, Turín, Ediciones Era, 1926-1937.

GREESPAN, Jesse, "10 Things You Should Know About Brown v. Board of Education", *History.com*, May 16 de 2014.

GRIMM, Dieter *Constitutionalism: past, presente, and future*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

GUTMANN, Amy y Thompson, Dennis, *Why deliberative democracy?*, New Haven, Princeton University Press, 2004.

HAND, Learned, *The Bill of Rights (Atheneum 1977)*, Cambridge, Harvard University Press, 1958.

HART, HLA, *The concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1988; y Dworkin, Ronald, "Hard cases", *Harvard Law Review*, vol. 88, 1975.

HIRSCHL, Ran, *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2004.

_____, "The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide", *Fordham Law Review*, vol. 75, 2006-2007.

HOFFER, Peter Charles *et al.*, *The Supreme Court: an essential history*, Kansas, University Press of Kansas, 2007.

HORWITZ, Morton J., *The Warren Court and the pursuit of justice*, Nueva York, Hill and Wang, 1998.

HUNEEUS, Alexandra *et. al.*, (eds.), *Cultures of legality: judicialization and political activism in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

JOST, Kenneth, *The Supreme Court from A to Z*, Washington, CQ Press, 2012.

KEENAN D., "The origin and current meanings of 'judicial activism'", *California Law Review*, vol. 92, 2004.

KELSEN, Hans, "La garantie juridictionnelle de la Constitution", *Revue du Droit Public*, vol. 45, 1928, p. 221-241.

KLARMAN, Michael, "The Supreme Court, 2012 Term - Comment: Windsor and Brown: Marriage Equality and Racial Equality", *Harvard Law Review*, vol. 127, 2013.

KORS, Alan Charles (ed.), *Encyclopedia of the Enlightenment*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

KRAMER, Larry, *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*, Nueva York, Oxford University Press, 2004.

LAW, DaVéase S. y Versteeg, Mila, "The declining influence of the United States Constitution", *New York University Law Review*, vol. 87, 2012.

_____ y _____, "The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism", *California Law Review*, p. 99, 2011.

LEPORE, Jill, "To have and to hold: reproduction, marriage, and the Constitution", *The New Yorker magazine*, 25 de mayo de 2015.

LUTHER KING Jr., Martin, "*The Future of Integration*. Conferencia dada en Oberlin", *The time is always right to do what's right*, 22 de octubre de 1964.

MACCORMICK, Neil, *Legal reasoning and legal theory*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

MCCLAIN, Linda C. y Fleming, James E., "Constitutionalism, judicial review, and progressive change", *Texas Law Review*, vol. 84, 2005.

MCCLOSKEY, Robert, *The American Supreme Court*, Chicago, University of Chicago Press, 1994.

MENDONÇA, Eduardo, *La democracia de las masas y la democracia de la gente: una reflexión sobre la dificultad de la contramayoría*, tesis doctoral, UERJ, mimeografiada, 2014.

MILL, John Stuart, *On Liberty*, New Haven, Yale University Press, 2003 (1874).

MILLER, Mark C., *The view of the courts from the hill: interactions between Congress and the Federal Judiciary*, Virginia, University of Virginia Press, 2009.

NDUNG'U WAINAINA, "Only Judiciary can save this country", *The Nairobi Law Monthly*, 4 de febrero de 2015.

NEWTON, Jim, *Justice for all: Earl Warren and the nation he made*, New York, Riverhead Books, 2006.

NOACK, Frank, *Veit Harlan: the life and work of a nazi filmmaker*, Lexington, The University Press of Kentucky, 2016.

PERELMAN, Chaim y Olbrechts-Tyteca, Lucie, *Tratado de argumentación: la nueva retórica*, Madrid, Gredos, 1996.

PERJU, Vlad, "Cosmopolitanism in constitutional law", *Cardozo Law Review*, vol. 35, 2013.

PLATÓN, *La República*, 2015, Libro VI.

POSNER, Richard, *How judges think?*, Cambridge, Harvard University Press, 2008.

POST, Robert y Reva Siegel, Roe, "Democratic constitutionalism and backlash", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 42, 2007.

PRAKASH, Saikrishna B. y Yoo, John C., "The origins of judicial review", *The University of Chicago Law Review*, vol. 70, 2003.

QUINT, Peter E., "Free speech and private Law in german constitutional theory", *Maryland Law Review*, vol. 48, 1989.

RAWLS, John, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1996.

RICHTER, Alan *et. al.*, (eds.), *An inquiry into the existence of global values through the lens of comparative constitutional law*, Oxford, Hart Publishing, 2015.

ROSEN, Jeffrey, *The most democratic branch: how the courts serve America*, Nueva York, Oxford University Press, 2006.

ROSSI, Marina, "Cámara toma una ofensiva para revisar la decisión de la Corte Suprema sobre el aborto: la misma noche que la Corte Suprema dictamina que el aborto hasta el tercer mes no es un delito, los diputados instalan una comisión para revisar la decisión", *El País*, 2 de diciembre de 2016.

SAAD, Lydia, "More Americans 'Pro-Life' Than 'Pro-Choice' For First Time".

SAYLER, Richard H. *et. al.*, (eds.), *The Warren Court: a critical analysis*, Nueva York, Chelsea House, 1968.

SCHLESINGER, Jr., Arthur M., "The Supreme Court: 1947", *Fortune*, enero de 1947, p. 208, *apud* Kmiec,

_____, "Americans Choose 'Pro-Choice' For First Time in Seven Years".

SEGAL, Jeffrey A. y Spaeth, Harold J., *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

SILVERSTEIN, Gordon, *Law's Allure: how law shapes, constrains, saves, and kills politics*, New York, Cambridge University Press, 2009.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de, *Teoría Constitucional y Democracia Deliberativa*, Brasill, Renovar, 2006. Sunstein, Cass R., "Beyond judicial minimalism", *Tulsa Law Review*, vol. 43, 2007-2008.

STONE SWEET, Alec, "Why Europe rejected american judicial review", *Michigan Law Review*, vol. 101, 2003.

SUNSTEIN, Cass R., *et. al., Are judges political? An empirical analysis of the Federal Judiciary*, 2006.

_____ y Vermeulle, Adrian, "Interpretation and institutions", *Public Law and Legal Theory Working Paper 28*, 2002.

_____, "Tilting the scales rightward", *New York Times*, 26 de abril de 2001.

_____, *One case at a time: judicial minimalism on the Suprem Court*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.

_____, "Three civil rights fallacies", *California Law Review*, vol. 79, 1991

TAKEI, Carl, "The incarceration of Japanese Americans in World War II Does Not Provide a Legal Cover for Muslim Registry", *L. A. Times*, 27 de noviembre de 2016.

TAMAHANA, Brian Z., *Beyond the formalist-realist divide: the role of politics in judging*, New Haven, Princeton University Press, 2010.

TATE, C. Neal y VALLINDER, Torbjörn (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, New York University Press, 1995.

TSEBELIS, George, *Veto players: how political institutions work*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2002.

TUSHNET, Mark, *Taking the Constitution away from the courts*, 1999.

———, *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, New Jersey, Princeton University Press, 2003.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo, "Judicialization of politics in Colombia", *International Journal on Human Rights*, vol. 6, 2007.

VERMEULE, Adrian, "Foreword: system effects and the Constitution", *Harvard Law Review*, vol. 123, 2009.

WALDRON, Jeremy, "Public reason and 'justification' in the courtroom", *Journal of Law, Philosophy and Culture*, vol. 1, 2007.

———, "The Core of the Case Against Judicial Review", *The Yale Law Journal*, vol. 115, 2006.

WECHSLER, Herbert, "Toward neutral principles of constitutional law", *Harvard Law Review*, vol.73, 1959.

WHITTINGTON, Keith *et. al.* (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford y Nueva York, Oxford University Press, 2008.

YOUNG, Katherine G., *Constituting economic and social rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

Sentencias

Corte Constitucional de la República de Sudáfrica, *S v Makwanyane and Another* (CCT3 / 94) [1995].

Corte Suprema de Canadá, *Morgentaler, Smoling y Scott v. The Queen*, 1988, 1 SCR 30.

Corte Constitucional de Colombia, T-740/2011, 3 de octubre de 2011, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

_____, T-207/1995, 12 de mayo de 1995, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

_____, T-140/1994, 23 de marzo de 1994, Magistrado Ponente, Vladimiro Naranjo Mesa.

_____, T-578/1992, tres de noviembre de 1992, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

Suprema Corte de los Estados Unidos de América,

133 S. Ct. 1675, (2013)

_____, 531 US 98 (2000).

_____, 539 US 558 (2003).

- _____, 505 U.S. 833 (1992).
- _____, 478 US 186 (1986).
- _____, 467 U.S. 837 (1984)
- _____, 428 U.S. 153 (1976).
- _____, 410 U.S. 113 (1973).
- _____, 408 U.S. 238 (1972).
- _____, 388 U.S. 1 (1967).
- _____, 381 US 479 (1965).
- _____, 347 U.S 483 (1954).
- _____, 323 U.S. 214 (1944).
- _____, 163 US 537 (1896).
- _____, 106 U.S. 583 (1883).
- _____, 60 U.S. 393 (1857).

Supremo Tribunal Federal de Brasil,

Pleno, ADI 4983, Ponente Min. Marco Aurelio,
j. 16 de diciembre 2016

- _____, Primera Sala, HC 124.306, Ponente Min. Marco Aurélio, Ponente para sentencia Min. Luís Roberto Barroso, j. 29 de noviembre 2016.
- _____, Pleno, ADI 4650, Ponente Min. Luiz Fux, Full, DJe 24 de febrero 2016.
- _____, Pleno, HC 126.292, Ponente Min. Teori Zavascki, j. 17 de febrero 2016; ADC 43 y 44 MC, Ponente Min. Marco Aurélio, j. 5 octubre 2016.

_____, Pleno, ADI 4277, Ponente Min. Ayres Britto, DJe 14 de octubre 2011.

_____, Pleno, ADC 12, Ponente Min. Ayres Britto, DJe 18 diciembre 2009.

Tribunal Constitucional de Alemania,

BVerfGE 7, 198, Lüth-Urteil, j. 15 de enero 1958

Tribunal Superior de Kenia,

Jacqueline Okuta y otro v Fiscal General y otros 2, 2017

Tribunal Supremo de la India,

National Legal Services Authority v. Union of India, 2014