

La americanización del Derecho Constitucional y sus paradojas

Teoría y Jurisprudencia Constitucional en el mundo contemporáneo

Luís Roberto Barroso ¹⁻²

SUMARIO: Introducción. Parte I. El constitucionalismo democrático y la tradición americana y europea. Parte II. El nuevo constitucionalismo: el paradigma del período pos-guerra en el mundo romano-germánico. I. La formación del Estado constitucional democrático. II. El surgimiento de una cultura pos-positivista. III. Aspectos del derecho constitucional contemporáneo. 1. La fuerza normativa de la Constitución. 2. La expansión de la jurisdicción constitucional. 3. El desarrollo de una nueva interpretación constitucional. IV. La constitucionalización del Derecho o la relectura del ordenamiento jurídico a la luz de la Constitución. Parte III. El modelo americano de constitucionalismo, el auge del sector conservador y el declive del papel de la Suprema Corte. I. Marbury vs. Madison: los fundamentos de la jurisdicción constitucional. II. El legado de Warren: el activismo judicial y la protección de los derechos fundamentales. III. El retorno del péndulo: El auge del sector conservador y el discurso de autocontención judicial. 1. La Corte Burger. 2. La Corte Rehnquist. 3. La Corte Roberts. Conclusión.

Introducción

El modelo de constitucionalismo practicado en el mundo contemporáneo, tanto en las democracias tradicionales como en las nuevas democracias, en términos generales, puede decirse que sigue —a pesar de que no lo haga en el detalle— el patrón establecido en los Estados Unidos a lo largo de los últimos doscientos años, a saber: (i) supremacía de la Constitución, (ii) control de constitucionalidad, (iii) supremacía judicial y (iv) activa protección de los derechos fundamentales. Las tres primeras características se remontan a la más notoria decisión dictada por la Suprema Corte americana: Marbury vs. Madison, de 1803. Puede afirmarse que ese fue el marco inicial para reconocer la Constitución como documento jurídico, y para concebir al Poder Judicial como el órgano competente para velar por su debido cumplimiento. El cuarto aspecto, usualmente ligado al derecho constitucional de los Estados Unidos —el activismo judicial— está circunscrito a un lapso de tiempo relativamente reducido de su historia. Dicho período comprende los casi veinte años que correspondieron a la presidencia de Earl Warren en la Suprema Corte (1953-1969), así como los primeros años de la presidencia de Warren Burger (1969-1986). Después de ese ciclo, la Suprema Corte se vio envuelta por una onda conservadora, en la cual fueron nombrados jueces que tenían una visión severamente crítica del activismo judicial y de los avances que con el mismo se habían logrado.

Podemos describir la paradoja señalada en el título del presente trabajo de la siguiente manera. El modelo constitucional estadounidense, en los últimos cincuenta años, se extendió por todo el mundo, y se consolidó en países de Europa, de América Latina, Asia y África. Sin embargo, curiosamente, en el plano interno, ese modelo nunca había sido tan intensamente cuestionado, y fue atacado tanto por personas partidarias de derecha, con

¹ . Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad del Estado de Río de Janeiro —UERJ, master of Laws por la Yale Law School, doctor y libre docente por la UERJ, director general de la Revista de Derecho del Estado.

² . Traducción para el español del artículo intitulado: A Americanização do direito constitucional e seus paradoxos: Teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo, por Carlos E. Peralta, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y abogado de la Procuraduría General de Costa Rica. Doctorando en Derecho de la Universidad del Estado de Río de Janeiro- UERJ. Becado de la CAPES/CNPq —EL Nacional— Brasil.

su agenda conservadora que defiende –a pesar de que no siempre practica– la autocontención judicial; como por personas seguidoras de izquierda, que criticaban la supremacía judicial y defendían el constitucionalismo popular.

Dentro de ese marco de referencia, el presente estudio tiene como finalidad analizar esos dos procesos históricos y jurídicos. Se pretende, en primer término, mostrar a estudiantes y a profesionales en Derecho formados en la tradición del common law las transformaciones ocurridas en el derecho constitucional de los países de derecho romano-germánico específicamente. Por otro lado, se busca que las personas estudiosas formadas en la tradición del derecho civil se familiaricen con las transformaciones ocurridas en el derecho constitucional americano, principalmente a la luz de la jurisprudencia de la Suprema Corte³. La persona lectora atenta percibirá, sin mayor dificultad, que esas dos trayectorias que deberían llevar a un mismo lugar, se han desencontrado a lo largo del tiempo.

Parte I

EL Constitucionalismo Democrático y las Tradiciones Americana Y Europea

El constitucionalismo democrático fue la ideología victoriosa del siglo XX. El imaginario social contemporáneo vislumbra en esa forma de orden institucional que combina Estado de derecho y soberanía popular, la mejor forma de realizar los anhelos de la modernidad; es decir: poder limitado, dignidad de los seres humanos, derechos fundamentales, justicia social y tolerancia. Ese modelo vencedor sitúa a la Constitución en el centro del sistema político, y postula promesas de legitimidad, justicia y seguridad jurídica. Para evitar falsas ilusiones, es importante tener presente que las grandes conquistas de la humanidad llevan un tiempo relativamente largo para pasar del plano de las ideas victoriosas a la vigencia concreta en el mundo real. El curso del proceso civilizador es más lento que nuestra ansiedad de progreso social. Sin embargo, el rumbo correcto normalmente es más importante que la velocidad.

El siglo XX fue el escenario de una propuesta alternativa que motivó corazones y mentes por todo el mundo: el socialismo científico fundado en las tesis del Manifiesto Comunista de 1848, y en la densa producción teórica de Marx y Engels.

La Revolución Rusa fue el marco histórico de una propuesta política alternativa a la democracia liberal que se expandió a prácticamente un tercio de la humanidad. De Lenin a Mao, el proyecto de implementación de una sociedad socialista depositaba sus valores y su fe, no en la Constitución, sino más bien en el *Partido*, pieza esencial e insustituible en el funcionamiento de las instituciones políticas, económicas y sociales de los países que adoptaron ese modelo (Ackerman B., 1997).

³. El punto ha sido agudamente observado por Forbath W. E. y Sager L., (2004, p. 1669): “Traditionally, American constitutional scholarship has been deep, but not at all wide. Accompanying considerable theoretical sophistication and normative intensity has been a parochialism so broadly shared as to go largely unremarked. But the ground has shifted from under our feet. From the end of World War II onward, robust constitutionalism has become less and less exclusively identified with legal events in the United States. Today, constitutional practice flourishes throughout the world, even in former bastions of parliamentary supremacy and transnational entities, as well as traditional nation-state. This offers American commentators a chance to learn from the experience and reflections of our world neighbors; and hopefully, a chance to share the benefits ou our experiences and reflections”.

Generosa y seductora para el espíritu humano, la idea socialista no logró vencer la prueba de la realidad. Al menos no en ese marco de la historia de la humanidad. La verdadera *revolución* no llegó, y la energía que la inspiraba se disipó y se tradujo en autoritarismo, burocracia y pobreza.

Por otra parte, del otro lado de la historia, tres revoluciones –estas sí, inequívocamente vencedoras– abrieron el camino para el llamado Estado liberal y para el constitucionalismo moderno: la Inglesa (1688)⁴, la Americana (1776)⁵ y la Francesa (1789)⁶. Cabe destacar que a pesar de que fueron fenómenos contemporáneos entre sí y que compartieron fundamentos comunes, el constitucionalismo americano y el francés estuvieron marcados por influencias históricas, políticas y doctrinarias diversas. Consecuentemente, en gran medida, dieron origen a modelos constitucionales bastante distintos. De hecho, la Constitución americana tuvo sus orígenes en el contractualismo liberal de Locke que defendía un pacto social de paz y libertad entre los hombres⁷, y en la idea de un derecho superior fundado en el derecho natural⁸.

En los Estados Unidos, la Constitución siempre fue vista como un documento jurídico, dotado de supremacía y fuerza normativa, susceptible de ser aplicada de forma directa e inmediata por el Poder Judicial. En *Marbury vs. Madison*, la “*judicial review*” fue aceptada con relativa naturalidad y poca resistencia⁹.

En Francia y en la secuencia histórica, en los demás países de Europa, la Constitución tenía una naturaleza esencialmente política, y su interpretación era obra del Parlamento y no de los jueces o tribunales¹⁰.

⁴ . En Inglaterra, cuando William III y Mary II ascendieron al trono, después de la afirmación del Parlamento y de la limitación de poderes por el Bill of Rights, ya estaban lanzadas las bases del modelo de organización política que inspiraría Occidente por siglos. Esas bases fueron tan sólidas que pudieron prescindir de una Constitución escrita.

⁵ . Un siglo después, le correspondió a los Estados Unidos un papel pionero, al promulgar la primera Constitución escrita y solemnemente ratificada en el mundo. Con un texto sintético de siete artículos, a los cuales se sumaron diez enmiendas conocidas como Bill of Rights, aprobadas en 1791, la Constitución norteamericana fue el punto de partida de una larga trayectoria de suceso institucional, fundada en una efectiva separación de Poderes y en un modelo original basado en tres presupuestos: republicanismo, federalismo y presidencialismo.

⁶ . Paradójicamente, la Revolución Francesa, con su violencia, circularidad y aparente fracaso, desempeñó un papel simbólico arrebatador en el imaginario de los pueblos de Europa y del mundo que vivía sobre su influencia al final del siglo XVIII, tornándose el marco de una nueva era. Dicha revolución, con su carácter universal, incendió al mundo y cambió la cara del Estado – que pasó de un Estado absolutista a un Estado liberal – y de la sociedad que dejó de ser feudal y aristocrática para pasar a ser una sociedad burguesa. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 divulgó la nueva ideología, basada en la separación de Poderes y en los derechos individuales. En 1791 fue promulgada la primera Constitución Francesa. La primera de una larga serie. Al respecto, (Arendt H., 1987, p. 43 y s).

⁷ . “Men being by nature all free, equal, and independent, no one can be put out of this state and subjected to the political power of another without his own consent. The only way one divests himself of his natural liberty and puts on the bonds of civil society is by agreeing with other men to join and unite into a community for their comfortable, safe, and peaceable living”. (Locke J., 1978, p. 47).

⁸ . “The initial source of judicial review, however, is much older than the Constitution and indeed of any American constitution. It traces back to the common law, certain principles of which were earlier deemed to be ‘fundamental’ and to comprise a ‘higher law’ which even Parliament could not alter”. (Corwin’s E. S., 1973, p. 173)

⁹ . Sin prejuicio del debate permanente acerca de la legitimidad democrática de la jurisdicción constitucional que alimenta la teoría constitucional norteamericana.

¹⁰ . En ese sentido, (Kahn P. W., 2002-2003): “But the French courts did not emerge from the Revolution with the power to speak in the name of the popular sovereign. The locus of that voice was instead the French Assembly”.

En la Asamblea Constituyente que elaboró la Constitución de 1791, el tema central del debate político fue la titularidad del poder constituyente. La idea revolucionaria de soberanía nacional entró en contradicción con la visión absolutista de soberanía del Monarca. (Stern K., 1987, p. 311 y s).

A pesar de haber adoptado la fórmula liberal que propugnaba la separación de Poderes y la garantía de los derechos individuales, el modelo europeo se articuló en torno a la idea de centralidad o preponderancia de la ley —y no propiamente de la Constitución, tal y como ya fue indicado— y a la concepción de supremacía del Parlamento, de forma tal, que sus actos no podrían ser objeto de control por parte del Poder Judicial. Algunos autores se refieren a ese modelo como el “Estado legislativo de derecho”. (Ferrajoli L. 2003, p. 14 y s).

Sin embargo, en los últimos cincuenta años, sobre todo a partir del momento en que finalizó la Segunda Guerra Mundial, el derecho, en los países que siguen la tradición romano-germánica, pasó por un conjunto extenso y profundo de transformaciones que modificaron el modo cómo la ciencia del derecho, el derecho positivo y la jurisprudencia son pensados y practicados.

En el centro de ese proceso de cambios políticos, conceptuales y paradigmáticos, se sitúa la Constitución. El modelo es conocido en el mundo romano-germánico, como “Estado constitucional de derecho”. Este nuevo orden constitucional, identificado como un “paradigma pos-guerra” (Weinrib L. E., 2006, p. 84) o como un “*nuevo constitucionalismo*”, se expandió por el mundo de manera generalizada. Con el cambio de milenio, algunas de sus características esenciales podían ser encontradas en Europa, en América Latina y en África, uniendo países distantes geográfica y culturalmente, tales como: Brasil, Hungría, España y África del Sur, para citar cuatro ejemplos de visibilidad mundial.

En el capítulo siguiente, se pretende reconstruir el itinerario histórico, filosófico y teórico que propició este nuevo paradigma constitucional.

Parte II

EL Nuevo Constitucionalismo: El paradigma del periodo posguerra en el mundo Romano-Germánico

I. La formación del Estado Constitucional Democrático

El *Estado constitucional de derecho* se desarrolla a partir del momento en que terminó la Segunda Guerra Mundial y se consolida en el último cuarto del siglo XX, presentando como característica central la subordinación de la legalidad a una Constitución rígida. Dentro de ese nuevo marco, la validez de las leyes ya no dependerá solamente de la forma en como las mismas son producidas, sino también estará sujeta a la compatibilidad de su contenido con las normas constitucionales. Asimismo, la Constitución, además de imponer límites a la persona legisladora y a la administración, determina también deberes de actuación. La ciencia del derecho asume un papel crítico e inductivo de la actuación de los poderes públicos.

Así, los jueces, las juezas y los tribunales pasan a tener una amplia competencia para declarar la invalidez de actos legislativos o administrativos, así como para interpretar creativamente las normas jurídicas de acuerdo a

lo dispuesto por la Constitución¹¹. Dentro de ese contexto, se circunscriben las múltiples transformaciones que a continuación serán analizadas.

Encontramos la primera referencia con respecto al desarrollo del nuevo derecho constitucional en Europa, en la Ley Fundamental de Bonn (Constitución alemana¹²) de 1949, sobre todo después de que fue instaurado el Tribunal Constitucional Federal en 1951. La segunda referencia de destaque es la Constitución de Italia de 1947, y la posterior creación de la Corte Constitucional, en 1956. A partir de ese momento, se inició una fecunda producción teórica y jurisprudencial, responsable por el crecimiento científico y normativo del derecho constitucional en los países de tradición romano-germánica. A lo largo de los años setenta, una nueva onda de redemocratización y reconstitucionalización reforzó la adhesión a ese nuevo modelo, incluyendo a Grecia (1975), Portugal (1976) y España (1978).

En la década de los ochenta, América Latina vivió el fin de los regímenes militares que se impusieron en gran parte de los países a lo largo de los años sesenta y setenta como consecuencia de la guerra fría. En el caso concreto de Brasil, la Constitución de 1988 propició el establecimiento y consolidación de un régimen democrático estable que ya ha sido puesto a prueba en sucesivas elecciones, inclusive con alternancia de partidos políticos en el poder. Por su parte, en Europa central y oriental, la onda de redemocratización y reconstitucionalización se inició a partir de la caída del Muro de Berlín, en octubre de 1989. En África del Sur, la transición del *apartheid* para una democracia multipartidaria se inició en 1990 y culminó con la Constitución que entró en vigor en febrero de 1997.

Ahora bien, tal y como se indicó al inicio del presente artículo el hecho de haberse impuesto como una ideología victoriosa, no le ha asegurado al constitucionalismo democrático una vigencia plena y sin contratiempos. Por el contrario, marcados por experiencias autoritarias y por la falta de tradición constitucionalista, diversos países, en América Latina, en la antigua Unión Soviética o en Europa oriental, han pasado por desvíos, por avances y retrocesos. Sin duda alguna, el amadurecimiento político e institucional es el resultado de un proceso histórico y no de un hecho datado.

II. El surgimiento de una cultura pos-positiva

El ambiente filosófico donde floreció el nuevo derecho constitucional puede ser denominado como pospositivismo. El debate acerca de su caracterización es el resultado de la confluencia de dos grandes corrientes del pensamiento que fornecen visiones contrapuestas para el Derecho: el jusnaturalismo y el positivismo. Si bien se trata de dos corrientes opuestas, en algunas ocasiones son singularmente complementarias. Por un lado, las demandas de la sociedad y los anhelos del espíritu humano por seguridad y objetividad, y por legitimidad y justicia, por el otro, propiciaron la superación de modelos puros y absolutos, y

¹¹ . Sobre el tema, (Ferrajoli, L., 2003 y Zagrebelsky, G., 2005).

¹² . La Constitución alemana, promulgada en 1949, originalmente llamada “Ley Fundamental”, destacaba su carácter provisorio, ya que la misma había sido concebida para una fase de transición. La Constitución definitiva solo debería ser ratificada después de que el país recuperase su unidad. El 31 de agosto de 1990 fue firmado el Tratado de Unificación que reguló la adhesión de la República Democrática Alemana (RDA) a la República Federal de Alemania (RFA). Después de la unificación no fue promulgada una nueva Constitución. Desde el 3 de octubre de 1990, la Ley Fundamental rige en toda Alemania.

produjeron un conjunto amplio y difuso de ideas que aún en nuestros días se encuentran en fase de sistematización¹³.

El pos-positivismo se presenta, en cierto sentido, como una *tercera vía* entre las concepciones positivista y jusnaturalista: no trata con desinterés las demandas del Derecho por claridad, certeza y objetividad; pero tampoco entiende que el mismo está desconectado de la filosofía moral y de la filosofía política. De manera que el pos-positivismo contesta el postulado positivista referente a la separación entre Derecho, moral y política, no para negar la especificidad del objeto de cada uno de esos campos, sino más bien para reconocer la imposibilidad de tratarlos como espacios totalmente segmentados que no se influyen mutuamente. Por tanto, si bien es innegable la articulación complementaria entre ellos, la tesis central del positivismo que pregona su separación y que dominó el pensamiento jurídico por muchas décadas, en realidad, rinde tributo a una hipocresía¹⁴.

El nuevo Derecho Constitucional o neo-constitucionalismo es, en parte, producto de ese reencuentro entre la ciencia jurídica y la filosofía del Derecho. Para poder beneficiarse del amplio instrumental del Derecho, migrando del plano ético para el mundo jurídico, los valores morales que son compartidos por toda la comunidad, en dado momento y lugar, se materializan a través de principios que pasan a estar contemplados en la Constitución ya sea explícita o implícitamente. Algunos de ellos ya se encontraban estipulados desde larga data, como es el caso de la libertad y la igualdad, que sin embargo, a lo largo del tiempo han sufrido una constante evolución en lo que se refiere a su alcance y significado.

Otros principios, si bien clásicos, sufrieron relecturas y revelaron nuevas sutilezas, como es el caso del principio democrático, del principio republicano y del principio de separación de poderes. Incluso, hubo principios cuyas potencialidades solo fueron desarrolladas más recientemente como ocurrió con el principio de la dignidad de los seres humanos, el de razonabilidad/proporcionalidad y el principio de la solidaridad.

¹³. Sobre el debate filosófico contemporáneo, pueden ser consultados algunos autores emblemáticos, tanto en el mundo anglosajón como en el romano-germánico, entre ellos: Rawls J., *A theory of justice*, 1980; Dworkin R., *Taking rights seriously*, 1977; Alexy R., *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997 (1ª. ed. Alemana 1986); Ferrajoli L., *Diritto e ragione*, 1989; Nino C. S., *Ética y derechos humanos*, 1989; Bonavides P., *Curso de direito constitucional*, 1982. También pueden ser consultados: Zagrebelsky G., *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, 2005 (1ª. ed. 1992); Garzón Valdés E. y Laporta F. J., *El derecho y la justicia*, 2000 (1ª. ed. 1996); Barroso L. R., *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: Pósmodernidade, teoria crítica e pós-positivismo*, *Revista Forense* 358:91, 2001. Con respecto al sentido del término, puede ser consultada la pertinente observación de Albert Calsamiglia, *Postpositivismo*, *Doxa* 21:209, 1998, p. 209: "En un cierto sentido la teoría jurídica actual se puede denominar postpositivista precisamente porque muchas de las enseñanzas del positivismo han sido aceptadas y hoy todos en un cierto sentido somos positivistas. [...] Denominaré postpositivistas a las teorías contemporáneas que ponen el acento en los problemas de la indeterminación del derecho y las relaciones entre el derecho, la moral y la política".

¹⁴. Sobre la formación teórica del pos-positivismo, Diniz A. C. y Cavalcanti Maia A. C., *Pós-positivismo*. En: Barreto V. (org.), *Dicionário de filosofia do Direito*, 2006, p. 650-51: "Suprimida a rígida clivagem entre direito e moral, baluarte do positivismo jurídico até a obra de Hart, caminhamos a passos largos rumo a uma Teoria do Direito normativa, fortemente conectada com a Filosofia política e a Filosofia moral". Para estos autores, se pueden destacar cinco aspectos dentro del cuadro teórico pos-positivista: a) Una alteración en la agenda (que pasa a incluir temas como los principios generales del Derecho, la argumentación jurídica y la reflexión sobre el papel de la hermenéutica jurídica); b) la importancia de los casos difíciles; c) el ablandamiento de la dicotomía descripción/prescripción; d) La búsqueda de un lugar teórico más allá del jusnaturalismo y del positivismo jurídico; e) el papel de los principios a la hora de resolver casos difíciles.

En realidad, la protección y promoción de los derechos fundamentales, como expresión de la dignidad humana y de la solidaridad social, así como la exigencia de la proporcionalidad¹⁵ a la hora de limitar esos derechos, son ideas centrales de la cultura pos-positivista¹⁶. Esos son elementos esenciales no solo para el derecho constitucional contemporáneo, sino también para la caracterización de cualquier sociedad política en tanto democracia constitucional.

III. Aspectos de Derecho Constitucional Contemporáneo

Sobre el impulso del nuevo constitucionalismo, tres grandes transformaciones revolucionaron el conocimiento convencional en torno a la aplicación del derecho constitucional en el mundo romano-germánico, a saber: a) El reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución. b) La expansión de la jurisdicción constitucional. c) El desarrollo de una nueva dogmática de interpretación constitucional. A continuación, se efectuará un análisis sucinto de cada una de esas transformaciones.

1. La fuerza normativa de la Constitución

Uno de los grandes cambios de paradigma ocurrido a lo largo del siglo XX, en el mundo romano-germánico, fue la atribución de normatividad a los preceptos constitucionales. Se superó el modelo que se había mantenido vigente en Europa hasta mediados del siglo pasado, en el cual la Constitución era vista simplemente como un documento esencialmente político, una especie de invitación para la actuación de los poderes públicos. La concretización de sus normas estaba invariablemente condicionada a la libertad de conformación de la persona legisladora o bien a la discrecionalidad de la Administración Pública. Al Poder Judicial no se le reconocía ningún tipo de papel relevante en la realización de la Constitución. Con la reconstitucionalización ocurrida después de la Segunda Guerra Mundial, ese contexto comenzó a cambiar. Tal cambio de paradigma se inició en Alemania¹⁷, un poco más tarde llegó a Italia¹⁸ y, bastante tiempo después, se extendió a países como Portugal¹⁹ y España²⁰.

Actualmente, puede afirmarse que el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución y el carácter vinculante y obligatorio de sus disposiciones pasó a ser una premisa en el estudio de la Constitución. En ese sentido, es importante destacar que las normas constitucionales son dotadas de imperatividad, atributo de

¹⁵. Sobre la idea de proporcionalidad, Alexy R. *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997, p. 111 e s.; Beatty D. M. *The ultimate rule of law*, 2004; Tushnet M., *Comparative constitutional law*. En: Reimann M. y Zimmermann R. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006, p. 1249; Kahn P. W., *Comparative Constitutionalism in a New Key*, *Michigan Law Review* 101:2677, 2002-2003, p. 2677, 2698-99; y Barroso L. R. Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Brasileiro, *Revista Forense* 336, 1996.

¹⁶. Sobre el desarrollo de un nuevo constitucionalismo mundial, fundado en los derechos fundamentales, v. Jackson V. C., (20052006), p. 111: "An era of human rights-based constitutionalism was born in the global constitutional moment that followed the defeat of Nazism, producing international human rights law and more tribunal issuing reasoned constitutional decisions".

¹⁷. Sobre el tema es de destacar el trabajo de Hesse K. La fuerza normativa de la Constitución. En: *Escritos de derecho constitucional* (1983). El texto original en alemán, de 1959, corresponde a su aula inaugural en la cátedra de la Universidad de Freiburg.

¹⁸. En Italia, en un primer momento, la jurisprudencia negó el carácter preceptivo de las normas constitucionales que garantizan derechos fundamentales, considerando que las mismas no eran susceptibles de aplicación sin la intervención del legislador. Sobre el tema, v. Di Manno T., *Code Civil e Constitution in Italie*. En: Verpeaux M. (org.), *Code Civil e Constitution(s)*, 2005. Crisafulli V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, 1952.

¹⁹. Gomes Canotilho J.J. y Moreira V., *Fundamentos da Constituição*, 1991, p. 43 y ss.

²⁰. Para una perspectiva general con respecto al tema y sobre el caso específico español, pueden ser consultados, respectivamente, dos trabajos espléndidos de García de Enterría E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 1991; y *La Constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica*, 2003.

todas las normas jurídicas, y que su inobservancia debe deflagrar los mecanismos propios de la coacción del cumplimiento forzoso.

El debate acerca de la fuerza normativa de la Constitución solo llegó de manera consistente a América Latina en la década de los ochenta, y tuvo que enfrentar resistencias previsibles²¹. Además de las complejidades inherentes a la concretización de cualquier ordenamiento jurídico, los países del continente padecían patologías crónicas, ligadas al autoritarismo y a la insinceridad constitucional. Por lo tanto, no es ninguna sorpresa que las Constituciones hayan sido, hasta ese entonces, meros repositorios de promesas vagas y de exhortaciones a la persona legisladora infraconstitucional, sin aplicabilidad directa e inmediata. En Brasil, a partir de la reconstitucionalización, en 1988, ganaron densidad la doctrina y la jurisprudencia que afirmaban la efectividad de las normas constitucionales, y permitieron que surgiera, finalmente, una verdadera Constitución²², respetada y eficaz en la práctica.

2. La expansión de la jurisdicción constitucional

Antes de 1945, en la mayor parte de Europa, estaba en vigor un modelo de supremacía del Poder Legislativo que seguía la línea de la doctrina inglesa referente a la soberanía del Parlamento, y la concepción francesa que entendía que la ley era la expresión de la voluntad general.

A finales de la década de los cuarenta, la onda constitucional no trajo apenas nuevas constituciones, sino que también comenzó a introducir un nuevo modelo inspirado en la experiencia americana: el modelo de supremacía constitucional²³. La fórmula traía consigo la constitucionalización de los derechos fundamentales que estarían inmunizados contra la acción eventualmente dañina del proceso político mayoritario. La protección de esos derechos pasaba a ser una competencia del Poder Judicial. Un sinnúmero de países europeos adoptaron un modelo propio de control de constitucionalidad, asociado a la creación de tribunales constitucionales²⁴.

Conforme fue indicado, así inicialmente ocurrió en Alemania (1951) y en Italia (1956). A partir de ese momento, se crearon tribunales constitucionales en toda la Europa continental²⁵. Actualmente, además del Reino Unido,

²¹ . Barroso L. R., *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2008 (la 1ª. Edición es de 1990). En la década de los años sesenta, en otro contexto y motivado por preocupaciones distintas, José Afonso da Silva escribió su célebre tesis *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1968.

²² . NT: En palabras del autor: “uma “Constituição pra valer”.

²³ . Gardbaum S., *The new commonwealth model of constitutionalism*, *American Journal of Comparative Law* 49:707, 2001, p. 714: “The obvious and catastrophic failure of the legislative supremacy model of constitutionalism to prevent totalitarian takeovers, and the sheer scale of human rights violations before and during World War II, meant that, almost without exceptions, when the occasion arose for a country to make a fresh start and enact a new constitution, the essentials of the polar opposite American model were adopted. [...] These included the three Axis powers, Germany (1949), Italy (1948), and Japan (1947)”. En ese texto, Gardbaum, profesor de la Universidad de California, analiza, precisamente, tres experiencias que, en su opinión, quedaron fuera de la onda del judicial review: Reino Unido, Nueva Zelandia y Canadá.

²⁴ . Hans Kelsen fue quien introdujo el control de constitucionalidad en Europa, lo hizo en la Constitución de Austria de 1920. Dicho control fue perfeccionado con la reforma constitucional de 1929. Partiendo de una perspectiva doctrinaria distinta de aquella que prevaleció en los Estados Unidos, Kelsen concibió el control como una función constitucional (de naturaleza legislativa-negativa) y no propiamente como una actividad judicial. Para esos efectos, previó la creación de un órgano específico –el Tribunal Constitucional– encargado de ejercer ese control de manera concentrada. Barroso L. R., *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2004, p. 18.

²⁵ . La tendencia continuó hacia Chipre (1960) y Turquía (1961). A raíz del influjo democratizador ocurrido en la década de los setenta, fueron instituidos tribunales constitucionales en Grecia (1975), España (1978), Portugal (1982) y Bélgica (1984). En los últimos años del siglo XX, se crearon cortes constitucionales en países del este europeo, como Polonia (1986), Hungría (1990), Rusia

solamente Holanda y Luxemburgo mantienen el modelo de supremacía parlamentaria. No obstante, incluso en esos países ya se observan ciertos matices.

(1991), la República Checa (1992), Rumanía (1992), la República Eslovaca (1992) y Eslovenia (1993). Lo mismo ocurrió en países africanos, como Argelia (1989), África del Sur (1996) y Mozambique (2003). Sobre el tema, Miranda J., Manual de direito constitucional, t. 2, 1996, p. 383 y s.; Binenbojm G., A nova jurisdição constitucional brasileira, 2004, p. 39-40; Gardbaum S., The new commonwealth model of constitutionalism, American Journal of Comparative Law 49:707, 2001, p. 715-16.

En América Latina, la mayor parte de los países adopta el modelo de control de constitucionalidad vigente en los Estados Unidos²⁶. En el caso de Brasil, se sigue una fórmula ecléctica que combina el sistema norteamericano con el europeo.

Así, siguiendo la línea del sistema norteamericano, todas las personas juzgadoras y tribunales pueden negar la aplicación de leyes que consideren inconstitucionales. Ese modelo es conocido como incidental y difuso. Por otro lado, conforme a la tendencia del sistema europeo, el Supremo Tribunal Federal puede analizar la validez de una determinada ley. En ese supuesto, se está ante el denominado control principal (por acción directa) y concentrado. La Constitución de 1988 dio un significativo impulso al control de constitucionalidad a través de la acción directa, ampliando el elenco de órganos y personas que pueden interponerla con la finalidad de que el Supremo Tribunal Federal se pronuncie con respecto a la constitucionalidad o no de una determinada ley²⁷.

3. El desarrollo de una nueva interpretación constitucional

La consolidación del constitucionalismo democrático y normativo, la expansión de la jurisdicción constitucional y el influjo decisivo del pos-positivismo provocaron, en términos generales, un gran impacto sobre la hermenéutica jurídica y, especialmente, sobre la interpretación constitucional²⁸. Así, se vieron afectadas las premisas teóricas, filosóficas e ideológicas de la interpretación tradicional, inclusive y de forma notoria, en lo que se refiere al papel de la *norma*, sus posibilidades y límites, y en lo que respecta al papel del *intérprete*, su función y sus circunstancias.

Dentro de ese contexto, al lado de los elementos tradicionales de interpretación jurídica y de los principios específicos de interpretación constitucional, se desarrollaron nuevas categorías, a partir del reconocimiento de la normatividad de los principios, de la percepción de que pueden existir eventuales choques de normas constitucionales, de la creciente utilización de la técnica de la ponderación²⁹ y de la rehabilitación de la razón práctica en la argumentación jurídica como fundamento de legitimación de las decisiones judiciales.

Dentro de ese marco fue concebido y refinado el principio de la *razonabilidad o proporcionalidad*, producto de la confluencia de ideas provenientes de dos sistemas diversos: (i) la doctrina del debido proceso legal sustantivo del derecho constitucional norteamericano, en donde la materia fue tratada de forma pionera; y (ii) el principio del Estado de derecho dentro del ámbito del derecho público alemán. Sin embargo, a pesar de tener un origen diverso, dentro de esos principios se encuentran subyacentes los mismos valores: racionalidad, justicia, medida adecuada, rechazo de actos arbitrarios o caprichosos.

El principio de la razonabilidad/proporcionalidad, le permite al Poder Judicial invalidar actos legislativos o administrativos cuando: (a) no exista una adecuación entre el fin perseguido y el instrumento utilizado; (b) la

²⁶ . Sobre el tema, Fernández Segado F., 2000.

²⁷ . De acuerdo con lo establecido en el artículo 103 de la Constitución, pueden interponer acciones directas de constitucionalidad, entre otros, el Presidente de la República, los gobernadores de los Estados, los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional, confederaciones sindicales y entidades representativas de clase en el ámbito nacional.

²⁸ . Sobre el tema, en lengua española, García E. A., La interpretación de la Constitución, 1984; Canosa Usera R., Interpretación constitucional y fórmula política, 1988; Vigo R. L., Interpretación jurídica, 1999; Vernengo R. J., Interpretación del derecho. En: Garzón Valdés E. y Laporta F. J. (ed.), El derecho y la justicia, 2000; Serna P. (dir.), De la argumentación jurídica a la hermenéutica, 2003; Lorenzetti R. L., Teoría de la decisión judicial, 2006.

²⁹ . Sobre la ponderación, Sanchís L. P., Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En: Carbonnel M., Neoconstitucionalismo(s), 2003; y Rodríguez de Santiago J. M., La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo, 2000.

medida no sea exigida o necesaria, existiendo un mecanismo alternativo que permitiría llegar al mismo resultado con una menor carga sobre el derecho fundamental (prohibición de exceso); (c) no hay proporcionalidad en sentido estricto, es decir, cuando lo que se pierde con la medida resulta ser de mayor relevancia que aquello que se gana³⁰.

IV. La Constitucionalización del Derecho o la relectura del Ordenamiento Jurídico a la luz de la Constitución

El conjunto de fenómenos supra indicados provocaron dos consecuencias importantes que han marcado la pauta tanto de la doctrina como de la jurisprudencia más recientes: la constitucionalización del Derecho y la consiguiente judicialización de las relaciones sociales.

La expresión *constitucionalización del Derecho* es de uso relativamente reciente y comporta múltiples sentidos. Con ella, podría pretenderse caracterizar, por ejemplo, cualquier ordenamiento jurídico en el cual prevalece una Constitución dotada de supremacía. Como este es un trazo común de un gran número de sistemas jurídicos contemporáneos, el uso de la misma en ese sentido la haría carecer de especificidad.

Por tanto, debe aclararse que no es en esos términos que esa expresión será utilizada en el presente artículo. Por otra parte, tal locución podría servir también para identificar el hecho de que la Constitución formal incorpore en su texto un sinnúmero de temas relacionados con las ramas infraconstitucionales del Derecho³¹. A pesar de que esta sea una situación dotada de características propias, tampoco se estará cuidando de ella en el presente trabajo.

La idea de constitucionalización del Derecho aquí analizada está asociada a un efecto expansivo de las normas constitucionales, cuyo contenido material y axiológico se irradia con fuerza normativa por todo el sistema jurídico³².

³⁰ . En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, BVerfGE, 30, 292 (316). En la doctrina alemana, v. por todos, Alexy R., Teoría de los derechos fundamentales, 1997, p. 111 y ss. En el derecho francés, v. Xavier P., Le controle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises. Marseille, Économica, 1990. En el derecho italiano, Scaccia G., Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale, Milano, Dott. A. Giuffrè, 2000. En la lengua inglesa, v. David M. Beatty, The ultimate rule of the law, Oxford – New York, Oxford University Press, 2004, p. 159 y s.

³¹ . Se trata de un fenómeno iniciado, de cierta forma, con la Constitución portuguesa de 1976, continuado por la Constitución española de 1978 y llevado al extremo por la Constitución brasileña de 1988. Sobre el tema, Bon P., Table ronde: Le cas de Espagne. En: Verpeaux M. (org.), Code Civil et Constitution(s), 2005, p. 95:

“Como se sabe, la Constitución española de 1978 es un perfecto ejemplo del trazo característico del constitucionalismo contemporáneo, en el cual la Constitución no se limita más, como en el pasado, a disponer sobre los principios fundamentales del Estado, a elaborar un catálogo de derechos fundamentales, a definir las competencias de las instituciones públicas más importantes y a prever el modo de su revisión. Ella viene a regir prácticamente todos los aspectos de la vida jurídica, dando lugar al sentimiento de que no hay fronteras a la extensión de su dominio: todo (o casi) puede ser objeto de normas constitucionales; ya no hay un contenido material (y casi inmutable) de las Constituciones” (traducción libre, texto ligeramente editado)”. NT: Con respecto a esta cita, se encuentra basada en la traducción libre para el portugués que fue realizada por el autor.

³² . Algunos autores han utilizado los términos impregnar e impregnación que en ciertas lenguas pueden asumir una connotación peyorativa. Favoreu L. –notable divulgador del derecho constitucional en Francia, fallecido en 2004–, La constitutionnalisation du Droit. En: Mathieu B. y Verpeaux M., La constitutionnalisation des branches du Droit, 1998, p. 191: “Quiere designarse aquí, principalmente, la constitucionalización de los derechos y libertades, que conducen a una impregnación de los diferentes ramos del derecho, al mismo tiempo que llevan a su transformación”.

NT: Con respecto a esta cita, se encuentra basada en la traducción libre para el portugués que fue realizada por el autor.

Los valores, los fines públicos y los comportamientos contemplados en los principios y reglas de la Constitución pasan a condicionar la validez y el sentido de todas las normas del derecho infraconstitucional. Evidentemente, la constitucionalización repercute sobre la actuación de los tres Poderes, inclusive, de forma notoria, en las relaciones de estos con los particulares. No obstante, repercute también en las relaciones entre particulares, limitando la autonomía de su voluntad en nombre de la protección de valores constitucionales y de los derechos fundamentales³³.

Hay un consenso razonable, en el sentido de que el marco inicial del proceso de constitucionalización del Derecho fue establecido en Alemania. Allí, sobre el régimen de la Ley Fundamental de 1949 y una vez consolidadas las posiciones doctrinarias de larga data, el Tribunal Constitucional Federal determinó que los derechos fundamentales, además de su dimensión subjetiva de protección de situaciones individuales, desempeñan otra función, la cual es instituir un orden objetivo de valores.

En ese sentido, el sistema jurídico debe proteger determinados derechos y valores, no solo para el eventual beneficio que estos puedan traer para una o más personas, sino también, porque existe un interés general por parte de la sociedad para que los mismos sean satisfechos. Las normas constitucionales condicionan la interpretación de todas las ramas del Derecho, sea público o privado, y además, vinculan a los Poderes estatales. El primer gran precedente sobre la materia fue el caso *Lüth*³⁴, juzgado el 15 de enero de 1958³⁵.

A partir de ese momento, basándose en el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución alemana, el Tribunal Constitucional promovió una verdadera “revolución de ideas”³⁶, especialmente en el campo del derecho civil. De hecho, a lo largo de los años subsiguientes, la Corte invalidó dispositivos del BGB, imponiendo

También puede ser consultado sobre el tema Guastini R., La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En: Carbonnel M., Neoconstitucionalismo(s), 2003, p. 49: “Por ‘constitucionalización del ordenamiento jurídico’ propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”.

³³ . Sobre el tema, en portugués, Sarmento D., Direitos fundamentais e relações privadas, 2004. En español, Bilbao Ubillo J. M., La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares, 1997; En inglés, Tushnet M., Comparative constitutional Law. En: Reimann M. y Zimmermann R. (eds.), The Oxford Handbook of Comparative Law, 2006, p. 1252-3.

³⁴ . Los hechos subyacentes eran los siguientes. Erich Lüth, presidente del Club de Prensa de Hamburgo, incitaba al boicot de una película dirigida por Veit Harlan, cineasta que había sido ligado al régimen nazi en el pasado. La productora y la distribuidora de la película obtuvieron, en la jurisdicción ordinaria, una decisión que ordenaba el cese de tal conducta, por considerar que la misma producía una violación al 826 del Código Civil (BGB) (“Quien, atente contra las buenas costumbres, provoque daño a otro, está obligado a reparar los daños causados”). El Tribunal Constitucional Federal revocó la decisión, en nombre del derecho fundamental a la libertad de expresión, que debería pautar la interpretación del Código Civil.

³⁵ . BverfGE 7, 198. En Schwabe J., Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, 2003, p. 132-37: “Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado; sin embargo, en las disposiciones de derechos fundamentales de la Ley Fundamental se incorpora también un orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del derecho. [...] Ese sistema de valores, que encuentra su punto medio al interior de la comunidad social, en el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad del ser humano, como decisión constitucional fundamental, debe ser válido para todas las esferas del derecho; el legislativo, la administración y la jurisdicción, reciben directrices e impulso. Este influye, por supuesto, también al derecho civil; ninguna disposición del derecho civil puede estar en contradicción con él, todas deben interpretarse en su espíritu. [...] La expresión de una opinión, que contiene un llamado a un boicote, no viola necesariamente las buenas costumbres, en el sentido del § 826 del Código Civil; puede estar justificada constitucionalmente mediante la libertad de opinión, al ponderar todas las circunstancias del caso”.

NT: Con respecto a esta cita, en el texto original, el autor realizó una traducción libre y editada para el portugués.

³⁶ . Corneloup S., Table ronde: Le cas de l’Allemagne. En: Verpeaux M., Code Civil e Constitution(s), 2005, p. 85.

la interpretación de las normas de acuerdo con la Constitución y determinando la elaboración de nuevas leyes. Así, por ejemplo, para atender al principio de igualdad entre hombres y mujeres, se introdujeron reformas legislativas en materia de régimen matrimonial, derechos de los ex cónyuges después del divorcio, patria potestad, nombre de familia y derecho internacional privado. De igual manera, el principio de igualdad entre los hijos legítimos y los hijos naturales provocó reformas en el derecho de filiación³⁷. Aunado a ello, se dictaron decisiones importantes en temas como uniones homoafectivas³⁷ y derecho contractual³⁸.

Por su parte, en Italia, el proceso de constitucionalización del derecho no se inició sino hasta la década de los sesenta y se consolidó en los años setenta. Es importante recordar que pese a que la Constitución italiana haya entrado en vigor en 1948, la Corte Constitucional no fue creada sino hasta 1956. A partir de entonces, las normas constitucionales de derechos fundamentales pasaron a ser directamente aplicables, sin intermediación por parte de la persona legisladora. Tal y como ocurrió en Alemania, la influencia de la lectura constitucional en el derecho infraconstitucional se manifestó en declaraciones de inconstitucionalidad, en convocatorias de actuación al legislador y en la reinterpretación de las normas ordinarias en vigor³⁹.

En Francia, el proceso de constitucionalización del Derecho tuvo inicio mucho más tarde, y aún en nuestros días, vive una fase de afirmación. La Constitución de 1958, como es bien sabido, no previó el control de constitucionalidad; en la cual no se adoptaron el modelo europeo ni tampoco el norteamericano, sino que se

³⁷ . En un primer momento, en nombre del principio de igualdad, una ley de 16 de febrero del 2001, disciplinó las uniones homosexuales poniendo fin a la discriminación existente. En un segundo momento, esta ley fue impugnada como inconstitucional, bajo el argumento de que estaría en contradicción con lo dispuesto en el art. 6º, I de la Ley Fundamental –de acuerdo con esa norma “el matrimonio y la familia son colocados sobre la protección particular del Estado”–, al legitimar otro tipo de institución del derecho de familia, paralelo al matrimonio heterosexual. La Corte no acogió el argumento, sosteniendo que la nueva ley ni impedía el matrimonio tradicional ni confería a la unión homosexual ningún tipo de privilegio en relación a la unión convencional (1 BvF 1/01, de 17 julio de 2002, con votos contrarios de los jueces Papier y Hass, v. sitio www.bverfg.de, acceso el 4 de agosto de 2005).

³⁸ . Un contrato de fianza realizado por una joven en favor de su padre, teniendo por objeto una cantidad muy superior a su capacidad financiera, fue considerado nulo por ser contrario a la moral (BverfGE t. 89, p. 214, citado por Corneloup S., *Table ronde: Le cas de l’Allemagne*. En: Verpeaux M., *Code civil e constitution(s)*, 2005, p. 90); un pacto nupcial en el cual una mujer embarazada renunció a alimentos en nombre propio y en nombre del niño fue considerado nulo, por no poder prevalecer la libertad contractual cuando existe dominación de una parte sobre la otra (1 BvR 12/92, de 6 febrero de 2001, unánime, v. sitio www.bverfg.de. Acceso el 4 de agosto de 2005); un pacto sucesorio que imponía al hijo mayor del emperador Guillermo II el deber de casarse con una mujer que cumpliera con determinadas condiciones allí impuestas, fue considerado nulo por violar la libertad de matrimonio (1 BvR 2248/01, del 22 de marzo de 2004, unánime, v. sitio www.bverfg.de. Acceso el 4 de agosto de 2005).

³⁹ . De 1956 a 2003, la Corte Constitucional dictó 349 decisiones referentes a temas constitucionales en los cuales estaba de por medio el Código Civil. De las mismas, en 54 se declaró la inconstitucionalidad de sus dispositivos. Además, fueron dictadas resoluciones en temas que incluyeron adulterio, uso de nombre del marido y derechos sucesorios de hijos ilegítimos, entre otros. En el plano legislativo, sobre la influencia de la Corte Constitucional, se aprobaron, a lo largo de los años, modificaciones profundas en el derecho laboral y en el derecho de familia, inclusive en relación con el divorcio y el régimen de adopción. Esas reformas, llevadas a cabo por leyes especiales, provocaron la denominada “descodificación” del derecho civil. Irti N., *L’età della decodificazione*, 1989; Di Manno T., *Table ronde: Le cas de l’Italie*. En: Verpeaux M., *Code Civil e Constitution(s)*, 2005, p. 103 y s.; Perlingieri P., *Perfis do direito civil*, 1997, p. 5; Guastini R., *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. En: Carbonnel M., *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 63-7.

optó por una fórmula diferenciada: la del control previo, ejercido por el Consejo Constitucional en relación con algunas leyes, antes de que las mismas entraran en vigor⁴⁰.

37. Corneloup S., Table ronde: Le cas de l’Allemagne. En: Verpeaux M., Code Civil e Constitution(s), 2005, p. 87-8, con identificación de cada una de las leyes. La jurisprudencia referida en la secuencia del párrafo fue encontrada a partir de referencias contenidas en ese texto.

⁴⁰ . Favoreu L., La place du Conseil Constitutionnel dans la Constitution de 1958. En: www.conseil-constitutionnel.fr, acceso el 26 de julio de 2005; Luchaire F., Le Conseil Constitutionnel, 3 vs., 1997; John Bell, French constitutional law, 1992.

De modo que, en sentido estricto, no puede decirse que en el sistema francés exista una verdadera jurisdicción constitucional. No obstante, algunos avances significativos y constantes han venido ocurriendo, comenzando por la decisión de 16 de julio de 1971⁴². Posteriormente, se introdujo la Reforma del 29 de octubre de 1974, a través de la cual se ampliaba la legitimidad para suscitar la actuación del Consejo Constitucional⁴¹. De manera que, de forma paulatina, comienzan a ser incorporados al debate constitucional francés temas como la *impregnación* del ordenamiento jurídico por la Constitución⁴², el reconocimiento de la fuerza normativa de las normas constitucionales y el uso de la técnica de la interpretación conforme a la Constitución. Cabe advertir que tal proceso de constitucionalización del Derecho enfrenta una fuerte resistencia por parte de la doctrina más tradicional que sostiene que ese proceso trae consigo diversas amenazas, y que supondría una usurpación de los poderes del Consejo de Estado y de la Corte de Casación⁴³.

En los Estados donde el proceso de democratización fue realizado más tardíamente, como es el caso de Portugal (1976), de España (1978)⁴⁴ y de Brasil (1988), la constitucionalización del Derecho ha sido un proceso más reciente, aunque muy intenso.

En el caso particular de Brasil, como consecuencia de una Constitución extensa y analítica, la constitucionalización del Derecho asumió un doble carácter: a) Por un lado, se incorporó o se trajo para la Constitución una serie de principios relacionados con múltiples áreas del Derecho, incluyendo el derecho civil, administrativo, penal, procesal, entre otros. b) Por otra parte, la influencia e ida de principios constitucionales fundamentales –como

42. Objetivamente, la decisión 71-44 DC, del 16 de julio de 1971 (En: www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144dc.htm, acceso el 26 de julio. 2005) consideró que la exigencia de autorización previa, administrativa o judicial para la constitución de una asociación violaba la libertad de asociación. Sin embargo, en realidad, su importancia radica en el hecho de que los derechos fundamentales previstos en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y en el preámbulo de la Constitución de 1946 fueron reconocidos e incorporados en la Constitución de 1958, según se desprende del preámbulo de esta, y por tanto, se considera que constituyen un parámetro para el control de constitucionalidad de las leyes. Esta decisión reforzó el prestigio del Consejo Constitucional que pasó a desempeñar el papel de protector de los derechos y libertades fundamentales. Sobre la importancia de esa decisión, Hamon L., *Contrôle de constitutionnalité et protection des droits*

⁴¹. A partir de ese momento, el derecho de invocar la actuación del Consejo Constitucional que antes era atribuido apenas al Presidente de la República, al Primer Ministro, al Presidente de la Asamblea Nacional y al Presidente del Senado, se extendió también a sesenta diputados o a sesenta senadores. El control de constitucionalidad se tornó importante instrumento de actuación de la oposición parlamentaria. Entre 1959 y 1974, se dictaron apenas 9 (nueve) decisiones sobre leyes ordinarias (por iniciativa del Primer Ministro y del Presidente del Senado) y 20 (veinte) sobre leyes orgánicas (de pronunciamiento obligatorio). De 1974 hasta 1998, hubo 328 interposiciones (*saisine*) ante el Consejo Constitucional. Los datos constan en Favoreu L., *La place du Conseil Constitutionnel dans la Constitution de 1958*. En: www.conseil-constitutionnel.fr, acceso el 26 de julio de 2005.

⁴². Favoreu L., *La constitutionnalisation du Droit*. En: Mathieu Bertrand y Verpeaux M., *La constitutionnalisation des branches du Droit*, 1998, p. 190-2.

⁴³. Sobre la discusión del tema puede consultarse Drago G, François B. y Molfessis N. (org.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, 1999. En la conclusión del libro que documenta el Coloquio de Rennes de septiembre de 1996, François Terré, al presentar lo que correspondería a la conclusión del evento, formuló crítica áspera al aumento de influencia del Consejo Constitucional: “Les perpétuelles incantations que suscitent l’État de droit, la soumission de l’État à des juges, sous l’influence conjuguée du kelsenisme, de la mauvaise conscience de l’Allemagne Fédérale et de l’américanisme planétaire sont lassantes. Des contrepoids s’imposent. Puisque le Conseil Constitutionnel est une juridiction, puisque la règle du double degré de juridiction e le droit d’appel sont devenus paroles d’évangile, il est naturel et urgent de faciliter le recours au referendum afin de permettre plus facilement au peuple souverain de mettre, lè cās échéant, un terme aux errances du Conseil constitutionnel” (p. 409).

⁴⁴. Sobre la protección de los derechos humanos en España y Europa, Martín-Retortillo Baquer L., (2006). *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos*.

individuales, 1974, p. 83-90; Haimbowgh G., Was it France's Marbury v. Madison?, Ohio State Law Journal 35:910, 1974; Beardsley J.E., The Constitutional Council and constitutional liberties in France, American Journal of Comparative Law, 1972, p. 431-52. Para analizar un comentario detallado de la decisión, Favoreu L. y Philip L., Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel, 2003.

el de la dignidad de los seres humanos—, a los diferentes dominios del derecho infraconstitucional, dieron un nuevo sentido y alcance a sus normas e institutos.

Al lado de la constitucionalización del Derecho, se verificó un proceso extenso y profundo de judicialización de las relaciones sociales y de cuestiones políticamente controvertidas, lo que encendió el debate acerca del papel del Poder Judicial y de la legitimación democrática de su actuación.

La trayectoria descrita corresponde a lo que suele ser identificado como la *americanización* del Derecho Constitucional en el mundo del derecho civil. De hecho, la centralidad de la Constitución, la constitucionalización de los derechos fundamentales, el sometimiento de todo el ordenamiento jurídico a los principios constitucionales y la primacía del Poder Judicial en la interpretación de la Constitución son características que siempre estuvieron presentes en el constitucionalismo de los Estados Unidos desde sus inicios. Sus bases teóricas pueden ser encontradas en el *Federalista* y, concretamente, hay precedente judicial firmado desde 1803.

Sin embargo, curiosamente, el modelo que conquistó al mundo vive en la actualidad un momento de crisis doméstica. A continuación se relatará la experiencia constitucional norteamericana, dando un especial énfasis a la jurisprudencia de la Suprema Corte en los últimos sesenta años.

Parte III

El Modelo Americano de Constitucionalismo

El auge del sector conservador y el declive del papel de la Suprema Corte

I. MARBURY VS. MADISON: Los fundamentos de la Jurisdicción Constitucional⁴⁵

Marbury vs. Madison fue la primera decisión donde la Suprema Corte afirmó que tenía el poder de ejercer el control de constitucionalidad y negó la aplicación de leyes que, de acuerdo con su interpretación, fueran inconstitucionales. Debe destacarse que la Constitución no le confería a la Suprema Corte o a cualquier otro órgano judicial, de modo explícito, una competencia de esa naturaleza. Al decidir el caso, la Corte procuró demostrar que esa atribución se derivaba de una lectura lógica del sistema. La argumentación desarrollada por Marshall acerca de la supremacía de la Constitución, de la necesidad del *judicial review* y de la competencia del Poder Judicial en la materia ha sido considerada como primorosa⁴⁶.

⁴⁵ . Nowak y Rotunda, (2000) Constitutional law; Tribe L. (2000). American constitutional law; Stone, Seidman, Sunstein y Tushnet. (1996). Constitutional law; Gunther G., (1985). Constitutional law,; Lockhart, Kamisar, Choper, Shiffin, Constitutional law, (1986). (Con Suplemento de 2000); Glennon, Lively, Haddon, Roberts, Weaver. (1997). A constitutional law anthology; Murphy, Fleming y Harris. (1986) II, American constitutional interpretation; Hall K. L. (editor), (1999). The Oxford Guide to United States Supreme Court decisions; Fairfield R. P. (editor), (1981). The federalist papers; Bloch S. y Marcus M. (1986), John Marshall's selective use of history in Marbury v. Madison, Wisconsin Law Review, 301; Lockard y Murphy. (1992). Basic cases in constitutional law; Bartholomew y Menez. (1983). Summaries of leading cases on the constitution; Hall K. L. (editor). (2005). The Oxford companion to the Supreme Court of the United States.

⁴⁶ . Sin embargo, no era pionera ni original. De hecho, había precedentes identificables en diversos períodos de la historia, desde la antigüedad e, inclusive, en los Estados Unidos. El argumento ya había sido utilizado en el período colonial, teniendo como

Al exponer sus razones, Marshall enunció los tres fundamentos que justificaban el control judicial de constitucionalidad. En primer lugar, la *supremacía de la Constitución*: “Todos aquellos que elaboraron constituciones escritas la encaran como la ley fundamental y suprema de la nación”. En segundo lugar, y como consecuencia natural de la premisa establecida, afirmó *la nulidad de la ley que contraría la Constitución*: “Un acto del Poder Legislativo contrario a la Constitución es nulo”. Finalmente, el punto más controvertido de su decisión: *el Poder Judicial es el intérprete final de la Constitución*:

*Es enfáticamente competencia del Poder Judicial decir el derecho, el sentido de las leyes. Si la ley estuviese en contradicción con la Constitución, la Corte deberá determinar cual de esas normas en conflicto regirá en la hipótesis concreta. Y si la Constitución es superior a cualquier acto ordinario emanado del Legislativo, la Constitución, y no el acto ordinario, debe regir el caso al cual ambos se aplican*⁴⁷.

Indiscutiblemente el voto de Marshall refleja, de manera intensa, las circunstancias políticas dentro de las cuales se encuentra su relator. Al establecer la competencia del Poder Judicial para revisar los actos del Ejecutivo y del Legislativo a la luz de la Constitución, era su propio poder el que estaba siendo demarcado, el cual además vendría a ejercer por los treinta y cuatro largos años en que permaneció en la presidencia de la Corte⁴⁸.

Sin embargo, la decisión traía un toque insuperable de sagacidad política. Las tesis desarrolladas en la decisión que, en última instancia, daban poderes al Poder Judicial sobre los otros dos ramos del gobierno, jamás serían aceptadas pasivamente por Jefferson y por los republicanos del Congreso. No obstante, como nada les fue ordenado –por el contrario, en el caso concreto fue su voluntad la que prevaleció– no tenían cómo incumplir o desafiar la decisión. Con todo, en la medida en que la resolución se distanció en el tiempo de la coyuntura turbulenta donde fue dictada y de los aspectos específicos del caso concreto, esta ganó mayor dimensión, y pasó a ser celebrada universalmente como el precedente que determinó la prevalencia de los valores permanentes de la Constitución sobre la voluntad circunstancial de las mayorías legislativas⁴⁹.

fundamento el derecho inglés o con base en las cortes federales inferiores y estatales. Además, en el plano teórico, Alexander Hamilton, el Federalista n.º 78, había expuesto analíticamente esa tesis en 1788. No obstante, fue con *Marbury vs. Madison* cuando la misma se ganó al mundo y enfrentó con éxito resistencias políticas y doctrinarias de diversos matices. Hamilton, Madison y Jay, (1981). *The Federalist Papers*, seleccionados y editados del original por Fairfield R; Hall K. L. (editor), (1999). *The Oxford Guide to United States Supreme Court decisions*, p. 174; Cappelletti M., (1984). *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, p. 59; Gunther G., (1985). *Constitutional law*. (Con Suplemento de 1988), p. 21 y s.

⁴⁷ . *Marbury vs. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). El texto transcrito está editado. Además, para defender la competencia del Poder Judicial con el fin de desempeñar el control de constitucionalidad, en el voto se acrecentó lo siguiente: “(De lo contrario), si el legislativo viniera a hacer lo que es expresamente prohibido, tal acto, a pesar de la expresa prohibición, en realidad, se tornaría efectivo. Eso acabaría dando al legislativo una omnipotencia práctica y real”.

⁴⁸ . En la secuencia histórica, y teniendo en cuenta el modelo de Estado federal adoptado en los Estados Unidos, la Suprema Corte estableció que era de su competencia ejercer también el control sobre los actos, leyes y decisiones estatales referentes a la Constitución y de las leyes federales, conociendo los recursos contra pronunciamientos de los tribunales de los Estados. En 1819, en el proceso de *McCulloch vs. Maryland*, volvió a apreciar la constitucionalidad de una ley federal (en la cual el Congreso instituía un banco nacional) que, entre tanto, fue reconocida como válida. No fue hasta 1857, más de cincuenta años después de la decisión de *Marbury vs. Madison*, cuando la Suprema Corte volvió a declarar una ley inconstitucional, en la trágica decisión dictada en *Dred Scott vs. Sandford* que exacerbó la discusión sobre la cuestión de la esclavitud y terminó desempeñando un importante papel en el desencadenamiento de la Guerra Civil.

⁴⁹ . Antes continuar, es oportuno hacer una observación relevante. La Parte III del presente estudio está destinada a un análisis objetivo de la interpretación constitucional y del control de constitucionalidad desarrollado por la Suprema Corte en las décadas

II. EL LEGADO DE WARREN: El Activismo Judicial y la protección de los derechos fundamentales⁵⁰.

Los dieciséis años en que la Suprema Corte americana estuvo sobre la presidencia de Earl Warren (1953-1969) integran de manera indeleble el imaginario del constitucionalismo democrático contemporáneo. Su afirmación de la igualdad entre los hombres y de los otros derechos individuales inspiró generaciones de militantes de los derechos humanos, constitucionalistas y estadistas por todo el mundo. Esa energía inmensa, que atravesó los continentes, fue el producto de una idea tentadora que entiende que una Corte de Justicia progresista puede promover la revolución humanista que el proceso político mayoritario no es capaz de realizar. Las minorías reaccionarias y las mayorías acomodadas eran capaces de retardar indefinidamente el proceso histórico. En esos momentos, era necesario que una vanguardia intelectual, comprometida con los avances de la civilización y con la causa de la humanidad, desobstruyera el camino y de paso el progreso social.

Se pueden realizar advertencias y objeciones con respecto a la visión idealista abrigada en esa posición, así como con relación a los riesgos democráticos que la misma envuelve. No obstante, la verdad es que cuando Earl Warren dejó la presidencia de la Suprema Corte, en 1969, la segregación en escuelas y en los otros ambientes públicos ya no era permitida; la arbitrariedad policial contra personas pobres y negras había disminuido; los y las comunistas o personas sospechosas de serlo no podían ser expuestas de manera degradante y ruinosa para sus carreras y sus vidas; personas imputadas en procesos penales no podían ser procesadas sin un abogado o una abogada; el Estado no podía invadir el cuarto de un matrimonio en busca de anticonceptivos.

Todas las profundas transformaciones descritas fueron realizadas sin ningún tipo de acto por parte del Congreso o decreto presidencial. (Newson, J. 2006, p. 405).

A continuación, se realizará una síntesis de la jurisprudencia más emblemática que fue producida por la Corte Warren, responsable por la reconsideración de más de cincuenta precedentes⁵¹.

La firme posición en favor de la *des-segregación racial* es celebrada como la principal contribución de la Corte

posteriores a la Segunda Guerra Mundial y hasta nuestros días. Por esta razón, no serán tratados aquí períodos históricos importantes para el derecho constitucional americano, como es el caso de la Reconstrucción y del New Deal. Tampoco será analizado el activismo judicial conservador, fundado en el debido proceso legal sustantivo, que se extiende desde el final del siglo XIX hasta la segunda mitad de la década de los treinta del siglo XX. Conocido como *Lochner Era*, ese período se caracterizó por la declaración de inconstitucionalidad de un sinnúmero de leyes que permitían la regulación económica por parte del Gobierno y promovían derechos sociales (*welfare rights*). Este período se encierra después del enfrentamiento de Franklin Roosevelt con la Suprema Corte que seguidamente invalidó leyes que previeron una mayor intervención del Estado en el orden económico y social. En 1937, al resolver *West Coast vs. Parrish*, la Suprema Corte cedió paso a los nuevos tiempos y a las nuevas mayorías políticas, considerando constitucional una ley estadual que establecía el salario mínimo para las mujeres.

⁵⁰. Newton J., *Justice for all: Earl Warren and the Nation he made*, 2006; Horwitz M. J., *The Warren Court and the pursuit of justice*, 1998; Saylor R. H., Barry B. Boyer e Robert E. Gooding, Jr (eds.), *The Warren Court: a critical analysis*. 1968; Epstein Lee; Walker T. G., *Constitutional law for a changing America: institutional powers and constraints*, 1995; Hoffer P. C., Hull Hoffer W. y N.E.H. Hull, *The Supreme Court: an essential history*, 2007; Cottrol R. J., Diamond R.T. y Ware L. B., *Brown v. Board of Education: caste, culture, and the Constitution*, 2003; Hall K. L. (editor), *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States*, 2005; Stephenson Jr G., *The judicial bookshelf, Journal of Supreme Court History* 31:306; Parrish M. E., *Review essay: Earl Warren and the American judicial tradition. Law & Social Inquiry, volume 7*, oct. 1982. En lengua portuguesa, Moro S. F., (36:337, 2001).

⁵¹. Stephenson Jr G., *The judicial bookshelf, Journal of Supreme Court History* 31:306, p. 306: "The Warren Court was both busy and consequential, and was one of the most remarkable in judicial history. By one count, in the approximately 150 years before President Dwight Eisenhower's appointment of the fourteenth Chief Justice in 1953, the High Court had overruled seventy-five of its own precedents. During Warren's sixteen years in the center chair, the Court added another fifty-four to the list". El autor remite a Epstein L., Segal J. A., Spaeth H. J. y Walker T. G., 2004, p. 129-37.

Warren para el derecho constitucional americano y para la causa de los derechos civiles. *Brown vs. Board of Education*⁵², juzgado en 1954, representó, en el plano jurídico, la superación de la doctrina de “separados, pero iguales”, establecida en *Plessy vs. Ferguson*⁵³, al considerar inconstitucional la separación entre niños blancos y negros en las escuelas públicas y determinar que debería ser implementada una política de integración.

Warren consiguió liderar a la Suprema Corte a una decisión unánime, de apenas once páginas, cuyo énfasis recaía no en aspectos jurídicos –como el sentido y alcance de la Enmienda 14 o la superación de *Plessy*–, sino en el argumento de la intrínseca desigualdad producida a raíz de la discriminación en materia de educación, por el sentimiento de inferioridad que ella producía en los niños negros, tal y como había sido demostrado en estudios psicológicos expresamente tomados en cuenta en el pronunciamiento de la Suprema Corte⁵⁴. Los efectos de esa decisión histórica se proyectarían en las décadas siguientes⁵⁵.

La actuación de la Corte Warren también rompió con los prejuicios de la época, en el área de los derechos de las personas sometidas a investigación o a un proceso penal. *En Mapp vs. Ohio*, 1961⁵⁶, declaró la inadmisibilidad de la utilización de pruebas obtenidas de modo ilícito por violar la Enmienda 4 que prohíbe búsquedas y aprensiones irrazonables. *En Gideon vs. Wainright* (1963)⁵⁷, extendió a las cortes estatales la obligatoriedad de proporcionar un abogado de defensa en los procesos penales a las personas imputadas que no tuvieran recursos para contratar uno. *En Miranda vs. Arizona* (1966)⁵⁸, indicó que el sospechoso debe ser informado de su derecho a ser asesorado por un abogado y de su derecho a no auto-incriminarse, pudiendo permanecer en silencio.

La Suprema Corte enfrentó la histeria anticomunista y la cacería de brujas motivada por la guerra fría⁵⁹. En un sinnúmero de casos resueltos entre 1956 y 1957, la Corte procuró impedir la persecución y exposición pública

⁵² . 347 U.S. 483 (1954).

⁵³ . 163 U.S. 537 (1896).

⁵⁴ . La nota de pie de página número. 11 hacía mención a un conjunto de estudios, como se verifica de su transcripción: “11. K. B. Clark, Effect of Prejudice and Discrimination on Personality Development (Midcentury White House Conference on Children and Youth, 1950); Witmer and Kotinsky, Personality in the Making (1952), c. VI; Deutscher and Chein, The Psychological Effects of Enforced Segregation: A Survey of Social Science Opinion, 26 J. Psychol. 259 (1948); Chein, What are the Psychological Effects of [347 U.S. 483, 495] Segregation Under Conditions of Equal Facilities?, 3 Int. J. Opinion and Attitude Res. 229 (1949); Brameld, Educational Costs, in Discrimination and National Welfare (MacIver, ed., (1949), 44-48; Frazier, The Negro in the United States (1949), 674-681. And see generally Myrdal, An American Dilemma (1944)”.

⁵⁵ . El primero gran efecto de la decisión en *Brown* fue simbólico, sirviendo de aliento y motivación para la comunidad negra en general que comenzó a articular el cumplimiento de la decisión, así como otros avances políticos y sociales. La decisión despertó, igualmente, gran reacción, especialmente en los Estados del sur, con declaraciones desafiantes de no acatamiento por parte de políticos y autoridades. Como no fue explicitado el modo cómo debería ser implementada, fue necesario un nuevo pronunciamiento de la Corte, conocido como *Brown II*, cerca de un año después, reiterando la posición unánime de los jueces y determinando que la integración debería ser realizada “con toda la velocidad posible”. En la práctica, la batalla por la concretización de la des-segregación se transfirió para las cortes distritales y todavía llevaría muchos años hasta completarse. Cottrol, R. J., Diamond R. T. y Leland B. Ware, *Brown v. Board of Education: Caste, culture, and the Constitution*, 2003, especialmente p. 183 y s. En 1967, Thurgood Marshall, principal abogado de la National Association for the Advancement of Colored People (NAACP) que promovió el caso *Brown* y, antes de él, muchos otros, fue el primer afroamericano que fue nombrado en la Suprema Corte.

⁵⁶ . 367 U.S. 335 (1961).

⁵⁷ . 372 U.S. 335 (1963).

⁵⁸ . 384 U.S. 436 (1966).

⁵⁹ . Es interesante destacar que el presidente Eisenhower había nombrado a cuatro de los ministros que componían la Corte, a esa altura acusada de defender comunistas: Warren, Brennan, Harlan e Whittaker. Newton J., *Justice for all*, 2006, p. 354.

bochornosa de comunistas o personas acusadas de ser comunistas⁶⁰. Por esta actuación, la Suprema Corte, que ya sufría el rechazo ostensivo de los líderes del sur debido a su posición en cuestiones raciales, pasó a ser hostilizada también por los que la consideraban condescendiente con los comunistas.

Diversos historiadores y el propio Warren estimaron que la actuación más relevante de la Suprema Corte, en el período descrito, tuvo por objeto una materia con una menor visibilidad y repercusión fuera de los Estados Unidos: la reordenación de los distritos electorales⁶¹. En una gran cantidad de estados, el modo cómo los distritos electorales eran divididos favorecía a las oligarquías políticas tradicionales y, sobre todo, disminuía el peso electoral de las personas electoras negras.

En *Baker vs. Carr* (1962)⁶², la Corte superó la tesis que entendía que el asunto se trataba de una cuestión política⁶³ y que, por tanto, afectaba al Legislativo y no a los tribunales. Al admitir rever y redefinir los distritos electorales – decisión ratificada y discutida a profundidad en *Reynolds vs. Simms* y *Lucas vs. Colorado General Assembly*⁶⁵ –, la Suprema Corte reiteró uno de los fundamentos del constitucionalismo democrático: aquel que se refiere a que las mayorías pueden violar los derechos fundamentales⁶⁶. En la secuencia histórica, la Corte afirmó la constitucionalidad del *Voting Rights Act* de 1965 que impedía medidas que dificultaran el registro de personas electoras negras⁶⁷.

Como se puede observar, la Corte Warren transfirió el foco de las resoluciones de la Suprema Corte del derecho de propiedad para los derechos personales. En el ámbito de la *libertad de expresión*, decisiones como la del *New York Times vs. Sullivan* (1964)⁶⁸ y *Brandenburg vs. Ohio* (1969)⁷⁰ abrieron el camino para una prensa fuerte y libre. En *Griswold vs. Connecticut* (1965)⁷⁰, se afirmó *el derecho de privacidad*, y se reconoció, con base en la Enmienda 9, la existencia de derechos no enumerados en el *Bill of Rights*. Todavía en el plano de la *igualdad racial*, la Corte declaró, en *Loving vs. Virginia* (1967)⁷¹, por unanimidad, la inconstitucionalidad de la prohibición de los matrimonios interraciales que se encontraba vigente en Virginia y en otros dieciséis estados. En *Engel vs.*

⁶⁰ . *Pennsylvania v. Nelson* (1956), *Jencks v. United States* (1957), *Watkins v. United States* (1957), *Sweezy v. New Hampshire* (1957), *Service v. Dulles* (1957) y *Yates v. United States* (1957).

⁶¹ . Saylor R. H., Boyer B. B. y Goodign, R. E. Jr. (eds.), *The Warren Court*, 1969, p. vii; y Newton J., *Justice for all*, 2006, p. 388.

⁶² . 369 U.S. 186 (1962).

⁶³ . *Colegrove v. Green*, 328 U.S. 549 (1946).

⁶⁴ . 377 U.S. 533 (1964).

⁶⁵ . 377 U.S. 713 (1964).

⁶⁶ . *Lucas vs. Colorado General Assembly*, 377 U.S. 713 (1964), 736: “An individual’s constitutionally protected right to cast an equally weighted vote cannot be denied even by a vote of a majority of a State’s electorate, if the apportionment scheme adopted by the voters fails to measure up to the requirements of the Equal Protection Clause. [...] A citizen’s constitutional rights can hardly be infringed simply because a majority of the people choose that it be”.

⁶⁷ . *South Carolina vs. Katzenbach* (1966), *Harper vs. Virginia Board of Elections* (1966) y *Katzenbach vs. Morgan* (1966).

⁶⁸ . 376 U.S. 254 (1964). Considerado un hito en materia de libertad de expresión, estableció el requisito de actual malice para la obtención de la reparación de daños en acciones movidas contra medios de prensa por crímenes contra la honra. Actual malice significa consciencia de falsedad de la imputación o total negligencia con respecto a la verificación de su veracidad.

⁶⁹ . 395 U.S. 444 (1969). Un discurso en evento público solamente puede ser considerado crimen si el mismo es destinado a incitar o producir acciones ilegales inminentes y si existe probabilidad de que las mismas ocurran.

⁷⁰ . 381 U.S. 479 (1965). La ley estadual, que prohíbe el uso de anticonceptivos y la actividad de aconsejar sobre el uso de medios anticonceptivos, viola el derecho de privacidad del matrimonio.

⁷¹ . 388 U.S. 1 (1967).

Vitale (1962)⁷², consideró inconstitucional, por violación de la Enmienda 1, la lectura, todos los días en la mañana, de una oración en las escuelas públicas.

Al contrario de lo que algunas veces podría pensarse, el período analizado no fue marcado por una línea ininterrumpida de decisiones progresistas, tomadas por unanimidad o por mayorías amplias. Por el contrario, a pesar de la expresiva unanimidad lograda en la sentencia *Brown*, la Corte estuvo dividida por muchos años entre aquellos que defendían una posición activista y aquellos que defendían una autocontención judicial. Solamente con la jubilación de Wittaker y, sobre todo, de Félix Frankfurter, quien fue el principal líder en contra del activismo judicial, en 1962, y los nombramientos realizados por John Kennedy, quien había tomado pose en el año anterior, Warren y la mayoría activista asumieron el control efectivo de la Corte. Warren se jubiló en 1969, después de un intento frustrado de dar a Lyndon Johnson la oportunidad de formar a su sucesor⁷³.

A pesar de ser asociada, invariablemente, con el activismo judicial, una vez analizada en perspectiva histórica, la Corte Warren se destaca, verdaderamente, por la construcción de una democracia inclusiva⁷⁴, por una visión humanista de los problemas sociales y por el avance de los derechos civiles e individuales, inclusive los no enumerados en la Constitución.

III. EL RETORNO DEL PÉNDULO: El auge del sector conservador y el discurso de la Autocontención Judicial.

1. La Corte Burger⁷⁵

Con la elección de Richard Nixon, en 1968, la agenda política del país se desplazó hacia la derecha, generando presión por una Suprema Corte más conservadora y menos activista. Para el puesto del Presidente de la Corte (*Chief Justice*), que en su momento fue de Earl Warren, fue nombrado Warren Burger, un abogado con vínculos políticos republicanos, que desde 1956 ejercía la judicatura en la Corte Federal de Apelaciones del Distrito de Columbia (*U.S. Court of Appeals for the District of Columbia*). Burger se oponía a la jurisprudencia producida por la Corte Warren, sobre todo en materia criminal, y era crítico del activismo judicial. Esas fueron razones decisivas para su designación en el cargo.

⁷² . 370 U.S. 421 (1962).

⁷³ . En junio de 1968, Warren entregó la carta en la cual comunicó su intención de jubilarse. Es de sobra conocido que, ante la perspectiva de victoria de Richard Nixon en las elecciones de aquel año, el Chief Justice quiso dar al Presidente la oportunidad de formar a su sucesor en la Corte. Lyndon Johnson indicó a Abe Fortas que ya estaba en la Suprema Corte desde 1965 como Associate Justice. La candidatura de Fortas, sin embargo, fue rechazada en el Senado, debido a varias razones que pesaron en su momento, entre ellas: la debilidad de un Presidente al final de su mandato y que no se postularía para la reelección; la visión crítica que muchos senadores tenían de la posición de la Corte en temas como crimen y obscenidad; y circunstancias asociadas a la personalidad y a ciertas actitudes de Fortas. Sobre el tema, Newton J. Justice for all, 2006, p. 491 y s; Kermit L. Hall (ed.), *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States*, 2005, p. 356-7; y Kalman L., *Abe Fortas*, 1990.

⁷⁴ . Horwitz, M. J., *The Warren Court and the pursuit of justice*, 1998, p. 115: "The Warren Court's inclusive idea of democracy was built on the revival of the Equal Protection Clause in *Brown*. It then spread beyond race cases to cover other outsiders in American society: religious minorities, political radicals, aliens, ethnic minorities, prisoners, and criminal defendants".

⁷⁵ . Schwartz B., *The ascent of pragmatism: the Burger Court in action*, 1990; Blasi V., *The Burger Court: The counter-revolution that wasn't*, 1983; Hoffer P. Ch., Hull Hoffer W. y N.E.H. Hull, *The Supreme Court: an essential history*, 2007; Hall K. (ed), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, 2. ed., 2005; Tushnet M., *The optimist's tale*, *University of Pennsylvania Law Review* 132:1257, 1984; Nichol G., Jr., *An activism of ambivalence*, *Harvard Law Review* 98:315, 1984; Nagel R. F., *On complaining about the Burger Court*, *Columbia Law Review* 84:2068, 1984.

Además del *Chief Justice*, Nixon nombró otros tres jueces (*Associate Justices*) a lo largo de su mandato presidencial⁷⁶. Cabe señalar que en realidad los nombramientos no produjeron el cambio jurisprudencial que se deseaba. Pese a que es innegable que la Corte Burger (1969-1986) haya sido el marco inicial de una duradera tendencia conservadora en muchos dominios, la contra-revolución [sic] temida por los liberales no llegó a ser consumada. (Tushnet M., 1984, p. 3). Ciertamente no fue una Corte caracterizada por la autocontención. El hecho real es que con sus idas y vueltas, sus indecisiones y señales contradictorias, la Corte Burger no desarrolló una línea jurisprudencial homogénea. En algunas áreas, indiscutiblemente significó un retroceso o, por lo menos, un freno a las posiciones de su antecesora. En otras, sin embargo, fue sorprendentemente avanzada, a pesar de la falta de entusiasmo o del voto de su Presidente.

Una de las áreas donde se dio un paso atrás fue en aquella referida a los derechos de los imputados en procesos penales, tema sobre el cual la jurisprudencia de la Corte se alineó al discurso de la ley, del orden y del aumento de la discrecionalidad policial. La Corte Burger produjo un conjunto de excepciones, limitaciones y calificaciones que matizaron el alcance de la jurisprudencia producida por la Corte (Warren Hoffer P. Ch., Hull Hoffer W. y Hull N.E.H., 2007, p. 402), sobre todo en lo que se refiere a la caracterización de la ilicitud de las pruebas⁷⁷ y a los derechos reconocidos a partir de *Miranda*⁷⁸. Tal vez, incluso más importantes que los cambios substantivos en esa materia, hayan sido las alteraciones de naturaleza procesal, con la reducción del alcance del *hábeas corpus* y las posibilidades de acceso al Poder Judicial federal⁷⁹.

En lo que respecta a la pena de muerte, a pesar de lo resuelto en *Furman vs. Georgia* (1972)⁸⁰, que consideró inconstitucional la pena de muerte tal y como estaba prevista en la legislación de Georgia y de Texas, por violar la Enmienda 8 (“cruel and unusual punishment”), la Suprema Corte admitió la mayor parte de las leyes estatales que fueron reescritas después de aquella decisión⁸¹.

⁷⁶. Fueron ellos: Harry Blackmun, Lewis Powell, Jr. y William Rehnquist. Gerald Ford indicó a John Paul Stevens. A Burger Court se completó con el primer nombramiento de Ronald Reagan, Sandra Day O’Connor. Sobre la actuación de esos jueces, señalaron Hoffer P. Ch., Hull Hoffer W. y Hull N.E.H., *The Supreme Court: an essential history*, 2007, p. 369: “[...] Harry Blackmun, moved from the right to the left on the Court. William H. Rehnquist would prove to be an able ally, but Warren Burger and Lewis Powell turned out to be conservative centrists. [...] John Paul Stevens, would join the liberal wing of the Court, and [...] Sandra Day O’Connor, proved to be a liberal on a number of issues and a moderate on many more”.

⁷⁷. La decisión en *Mapp vs. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961) fue atacada en casos como *Schneklath vs. Bustamonte*, 412 U.S. 218 (1973); *Stone vs. Powell*, 428 U.S. 465 (1976) y *Washington vs. Chrisman* (1982); *Illinois vs. Gates* (1983), *United States vs. Leon*, 468 U.S. 897 (1984).

⁷⁸. Como fue destacado en *Miranda vs. Arizona* (1966), la Corte decidió que el sospechoso en materia criminal debe ser informado de su derecho de ser asesorado por un abogado y de su derecho de no auto incriminarse, pudiendo guardar silencio. V. *Harris vs. New York*, 401 U.S. 222 (1971), *Michigan vs. Tucker*, 417 U.S. 433 (1974), *Rhode Island vs. Innis*, 446 U.S. 291 (1980) y *New York vs. Quarles*, 467 U.S. 649 (1984). Sobre el tema, (Robinson, C. D., Review essay, 1985, 10:427).

⁷⁹. Nichol, G. Jr., (1984, 98:315, p. 319-320): “The Burger Court has reversed these (the Burger’Court) procedural trends. The Court has firmly closed the doors to broad habeas corpus review. [...] The Court has managed, however, to narrow much of the supervisory authority of the federal judiciary. As a result of access limitations, state criminal and federal administrative decisionmaking have become increasingly insulated from direct federal judicial review. The Burger Court has indirectly narrowed constitutional protections by limiting the procedures available to vindicate them”.

⁸⁰. 408 U.S. 238 (1972).

⁸¹. Graber M. A., (2005, 8:442): “The death penalty seemed moribund when conservatives come to judicial power. The Supreme Court in 1972 declared unconstitutionally arbitrary all state laws imposing capital punishment (*Furman v. Georgia* 1972). The Burger and Rehnquist Courts then sustained most rewritten state statutes, despite evidence that substantial arbitrariness remains in the death sentencing process”.

La Corte Burger tampoco logró una unidad y claridad de propósitos, como lo hizo la corte liderada por Warren en materia de igualdad racial. En *Griggs vs. Duke Power Co* (1971)⁸², por ejemplo, la Corte siguió los pasos de su antecesora al lidiar con la discriminación en las relaciones de empleo. En *Fullilove vs. Klutznick* (1980)⁸³, declaró que era compatible con la Constitución la ley dictada por el Congreso que destinaba diez por ciento de los recursos destinados a obras públicas para la contratación de empresas de propiedad de integrantes de minorías. Sin embargo, en *Regents of the University of California vs. Bakke* (1978)⁸⁴, consideró inválido el sistema de cuotas para el ingreso a la Universidad, a pesar de haber afirmado que eran admisibles programas de acción afirmativa en favor de minorías⁸⁵.

Una de las decisiones de la Corte Burger que produjo mayor repercusión política fue dictada en *United States vs. Nixon* (1974)⁸⁶. A raíz del caso *Watergate*, la Corte rechazó el alegato de inmunidad y privilegio del Ejecutivo y determinó la entrega de casetes gravados en el gabinete presidencial al fiscal especial que investigaba el caso. Esas cintas eran incriminadoras, y tres semanas después de la decisión, el Presidente renunció al cargo.

Entre tanto, fuera de las circunstancias y pasiones de *Watergate*, en decisiones como *Dames & Moore vs. Reagan* (1981)⁸⁷ y *Nixon vs. Fitzgerald* (1982)⁸⁸, la Corte estableció una línea de deferencia al Poder Ejecutivo⁸⁹. En *Immigration and Naturalization Service vs. Chada* (1983)⁹⁰, la Corte consideró inconstitucional el “veto legislativo” —es decir, la casación por parte del Congreso de un acto practicado por una agencia administrativa—, fundamentando su decisión en que se estaría violando el principio de separación de poderes.

Ninguna actuación de la Corte Burger fue tan celebrada como aquella que se refirió a los derechos de las mujeres. Hubo un conjunto continuo y constante de decisiones que declararon inválidas las leyes discriminatorias por razones de género.

En *Reed vs. Reed* (1971)⁹¹, la Suprema Corte declaró inconstitucional la ley del Estado de Idaho que daba preferencia a un hombre sobre una mujer para ejercer un puesto para inventariar el espolio. En *Frontiero vs. Richardson* (1973)⁹², la Corte consideró inconstitucional que militares del sexo masculino pudieran tener a sus esposas como dependientes; pero que militares del sexo femenino no pudieran dar la misma condición a sus

⁸² . 401 U.S. 424 (1971). Por 8 a 0 (Brennan no participó), consideró inconstitucionales, para fines de contratación y promoción de empleados, pruebas y exigencias que producían impacto desproporcionado sobre los candidatos negros.

⁸³ . 448 U.S. 448 (1980).

⁸⁴ . 438 U.S. 265 (1978). La decisión fue tomada por una Corte dividida por 5 a 4. El voto decisivo le correspondió al Justice Lewis Powell.

⁸⁵ . Hoffer P. Ch., Hull Hoffer W. y N.E.H. Hull, *The Supreme Court: an essential history*, 2007, p. 380; Hall K. (ed), *The Supreme Court of the United States*, 2. ed., 2005, p. 124.

⁸⁶ . 418 U.S. 683 (1974).

⁸⁷ . 453 U.S. 654 (1981). La Corte consideró válido el decreto presidencial 12170 que, implementando un acuerdo con Irán, extinguió acciones judiciales, anuló embargos (nullified attachments) y transfirió las demandas existentes para un tribunal arbitral recién creado.

⁸⁸ . 457 U.S. 731 (1982). La Corte determinó que el Presidente disfrutaba de absoluta inmunidad con respecto a la responsabilidad por daños producidos como consecuencia de actos oficiales.

⁸⁹ . Blasi V., *The rootless activism of the Burger Court*. En: Blasi V. (ed.). *The Burger Court: The counter-revolution that wasn't*, 1983, p. 202.

⁹⁰ . 462 U.S. 919 (1983).

⁹¹ . 404 U.S. 71 (1971).

⁹² . 411 U.S. 677 (1973).

maridos. Especialmente significativa en esta materia fue la decisión tomada en *Craig vs. Boren* (1976)⁹³, menos por las particularidades del caso y más, porque a partir de esta, se determinó que las clasificaciones basadas en sexo fueran sometidas a un análisis más rígido de constitucionalidad (heightened scrutiny)⁹⁴.

Todavía en el campo de los derechos de las mujeres, se puede situar una de las decisiones de mayor impacto entre todas las que fueron tomadas por la Suprema Corte a lo largo de su historia: *Roe vs. Wade* (1973)⁹⁵. Al conocer el caso, la Corte afirmó la existencia de un derecho constitucional de la mujer al aborto, invalidando la mayor parte de las leyes estatales que lo prohibían. Roe provocó un intenso debate nacional que se mantiene hasta la fecha, rodeado de las circunstancias y elementos políticos, religiosos y morales que dividen a la sociedad norteamericana entre el bloque favorable (*pro-choice*) y el contrario (*pro-life*).

El principal fundamento de la decisión fue el *derecho de privacidad* que se derivaba de la cláusula del debido proceso legal, consagrada en la Enmienda 14. Es indiscutible que el caso Roe podría ser recalificado como un caso que envuelve el tema de la igualdad de género, en la medida en que es la mujer quien sufre las principales consecuencias de la gestación indeseada. Se trata, por tanto, de una inestimable conquista para la libertad de las mujeres. La Corte Burger, entre tanto, no se atrevió a ir más allá, negando la extensión del derecho a la privacidad en la relaciones homoafectivas⁹⁶.

En temas relacionados con la libertad de expresión, la Corte también dictó importantes decisiones. En *New York Times vs. United States* (1971)⁹⁷, caso conocido como *Pentagon Papers case*, la Suprema Corte entendió que el gobierno de Nixon no había sido capaz de justificar la necesidad de censura previa en nombre de la seguridad nacional para impedir la publicación de un informe sobre la Guerra de Vietnam que terminó en manos de la prensa.

Al decidir casos como *Bigelow vs. Virginia* (1975)¹⁰⁰ y *Virginia vs. Bd. Of Pharmacy vs. Virginia Consumer Council* (1976)⁹⁸, la Corte extendió la protección de la Enmienda 1 a la expresión comercial y publicitaria. Menos elogiada fue la resolución que fue decidida por 5 votos a 4 en *Branzburg vs. Hayes* (1972)⁹⁹, en la cual se negó a un periodista el derecho de proteger la confidencialidad de su fuente. Todavía más controvertida fue la orientación adoptada en *Buckley vs. Valeo* (1976)¹⁰⁰. En esa decisión, la Corte consideró válida la imposición legal de límites a las contribuciones individuales para las campañas electorales; pero invalidó las disposiciones que restringían los gastos de campaña, utilizando como fundamento que las limitaciones impuestas interferían en la libertad de expresión política, violando la Enmienda 1.

⁹³ . 429 U.S. 190 (1976).

⁹⁴ . La Corte consideró que violaba la cláusula de equal protection, ley del Estado de Oklahoma que prohibía la venta de cerveza a hombres con menos de 21 años; pero que permitía su adquisición por mujeres con más de 18. Justice William Brennan fue el relator que desarrolló la idea del examen más riguroso (stricter scrutiny) por medio de la des-equiparación por razones de género "must serve important governmental objectives and must be substantially related to those objectives". Rehnquist e Burger dissentiram.

⁹⁵ . 410 U.S. 113.

⁹⁶ . *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

⁹⁷ . 403 U.S. 713 (1971).

¹⁰⁰ . 421 U.S. 809 (1975).

⁹⁸ . 425 U.S. 748 (1976).

⁹⁹ . 408 U.S. 665 (1972).

¹⁰⁰ . 424 U.S. 1 (1976).

La crítica progresista a la Corte Burger normalmente enfatiza que la misma fue activista en favor de las prerrogativas de la propiedad e indiferente con los pobres en general¹⁰¹. A pesar de lo resuelto en el caso *Roe*, en el cual se reconoció el derecho al aborto, la Corte entendió que ni los estados ni el gobierno federal tenían el deber jurídico de tornar el ejercicio de ese derecho accesible a quien no tuviera recursos propios¹⁰². La Corte introdujo, todavía, la propiedad como “nueva variable”¹⁰³ en el conjunto de valores protegidos por la Enmienda 1, destacándose decisiones como *Buckley vs. Valeo* (1976)¹⁰⁷ sobre financiamiento electoral, y *Central Hudson Gás & Electric Corp. vs. Public Service Commission* (1980)¹⁰⁴, en materia de *commercial speech*. Finalmente, tal y como ya fue apuntado, la jurisprudencia de la Corte Burger restringió el acceso de las personas más pobres al Poder Judicial federal, disminuyendo de esa forma la protección de los derechos constitucionales. (Bennett, 1983, p. 57-61).

2. La Corte Rehnquist¹⁰⁵

La onda liberal iniciada al final de los años cincuenta ya había llegado a su fin cuando Ronald Reagan asumió la Presidencia en 1981, substituyendo a Jimmy Carter. A partir de ese momento, el Partido Republicano se instalaría en la Casa Blanca por tres mandatos consecutivos, con una agenda política conservadora, una visión económica fundada en el *laissez-faire* y un discurso moralista de carácter religioso.

William Rehnquist, quien fue nombrado juez (*Associate Justice*) por Richard Nixon, en 1972, surgió como un nombre natural para suceder a Earl Burger¹⁰⁶. Rehnquist era el juez más conservador de la Corte Burger y encarnaba el ideal de auto contención, deferencia al Ejecutivo, interpretación estricta, inclusive con respecto a

¹⁰¹ . Tushnet M., (1984, p. 1270): “With this insight it is indeed possible to find the roots of the Burger Court’s activism. They lie in the philosophy that the government as a whole has the duty to protect the prerogatives of property and that no part of the government has the duty to minimize the harms that lack of property inflicts on those so unfortunate not to have enough”.

¹⁰² . En *Maier vs. Roe*, 432 U.S. 464 (1977), la Corte consideró constitucional la legislación de Connecticut que solo concedía asistencia médica a abortos ocasionados por necesidad médica: “The Equal Protection Clause does not require a State participating in the Medicaid program to pay the expenses incident to nontherapeutic abortions for indigent women simply because it has made a policy choice to pay expenses incident to childbirth. P. 469-480”. En *Harris vs. McRae*, 448 U.S. 297 (1980), la Corte consideró constitucional una norma federal que prohibía el uso de recursos federales para la realización de abortos, independientemente de que existiese o no necesidad médica (medically necessary or not).

¹⁰³ . Dorsen & Gora, *The Burger Court and the freedom of speech*. En: *The Burger Court: The counter-revolution that wasn’t*, 1983, p. 28. 107. 424 U.S. 1 (1976).

¹⁰⁴ . 447 U.S. 557 (1980).

¹⁰⁵ . Tushnet M., *A Court divided: the Rehnquist Court and the future of constitutional law*, 2005; Bradley C. (ed.), *The Rehnquist Legacy*,

Cambridge University Press, 2005; Merrill T., “The making of the Second Rehnquist Court”, *St. Louis L.J.* 47:569 (2003); Hoffer P. Ch., Hull Hoffer W y Hull N.E.H., *The Supreme Court: an essential history*, 2007; Hall K. (ed), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, 2. ed., 2005; Hall K. (ed.), *The Oxford Companion to American law*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2002; Denniston L, *Rehnquist to Roberts: The “Reagan revolution” fulfilled?*, *University of Pennsylvania Law Review* 6:63, 2006; Nannes

J. M., *The Lone Dissenter*, *Journal of Supreme Court history* 31:1-2, 2006; Chemevinsky E., *Assessing chief justice William Rehnquist*, *University of Pennsylvania Law Review* 6:1334, 2006; Graber M., *Constructing Judicial Review*, *Annual review of Political Science* 8:43940, 2005; Tandy Lewis T., *U. S. Supreme Court*, v. 1, 2007, p. 156; Katz D. M., *Institutional rules, strategic behavior and the legacy of Chief Justice William Rehnquist: setting the record straight on Dickerson v. United States*, *Journal of Law and Politics* 22:28, 2006; Fradella H. F., *Legal, moral, and social reasons for descriminalizing sodomy*, *Journal of contemporary criminal justice* 18:289, 2002; Parmet W. E., *The Supreme Court confronts HIV: Reflections on Bragdon v. Abbott*, *Journal of Law, Medicine & Ethics* 26:227, 1998.

¹⁰⁶ . Earl Burger se jubiló como Chief Justice en 1986, habiendo asumido la posición de presidente de la Comisión del Bicentenario de la Constitución Americana.

la superación de la decisión en *Roe vs. Wade* que se había tornado una obsesión republicana¹⁰⁷. Rehnquist permaneció en la Corte por un total de 33 años y fue su Presidente por 19 años, de 1986 a 2005.

¹⁰⁷ . Denniston L., Rehnquist to Roberts: The “Reagan revolution” fulfilled?, *University of Pennsylvania Law Review* 6:63, 2006: “More than anything else in its domestic aspirations, the Reagan Administration wanted a more conservative Court, especially to raise the chances for overruling *Roe v. Wade*--that despised legacy of the Burger Court”.

Como otras Cortes que la precedieron, debido a su composición y a la capacidad del Chief Justice de liderar, en cada momento, mayoría consistentes, la Corte Rehnquist atravesó diversas fases¹⁰⁸¹⁰⁹. La expectativa inicial que motivó la indicación de Rehnquist para la Corte – revisar decisiones consideradas liberales y colaborar en la implementación de un proyecto político conservador– se consumió apenas parcialmente. En áreas como el federalismo, la religión y derechos de propiedad, la Corte Rehnquist imprimió inequívocamente su marca.

Por otro lado, en temas como el aborto y los derechos de las personas imputadas en procesos penales, a pesar de haber sido dados pasos hacia atrás, la Corte no revertió *Roe vs. Wade* ni tampoco *Miranda v. Arizona*. Aun en lo que respecta a las acciones afirmativas, la puerta no fue enteramente cerrada, (Hoffer P. Ch., Hull Hoffer W. y Hull N.E.H., 2007, p. 419), a pesar de las múltiples exigencias y calificaciones introducidas por la jurisprudencia de la Corte. Inclusive, en relación con algunas materias, a pesar del voto disidente del *Chief Justice*, hubo avances, como en lo que respecta a la extensión del derecho de privacidad a las relaciones homoafectivas.

A continuación, se realizará un breve análisis del desempeño de la Corte en algunos dominios relevantes.

Un asunto en que la Corte Rehnquist innegablemente fue capaz de concretizar el proyecto político de Reagan y de los conservadores fue en el área del *federalismo*. Sobre la influencia del Presidente de la Corte, se alteró el equilibrio entre el gobierno federal y los gobiernos estatales, limitándose el poder tanto del Congreso como del Poder Judicial federal. La “revolución federalista” –o del “nuevo federalismo”– fue hecha efectiva, sobre todo, a través de tres líneas jurisprudenciales (Hoffer P. Ch., Hull Hoffer W. y Hull N.E.H., 2007, p. 436): a) la restricción del poder del Congreso con base en su competencia constitucional para regular el comercio interestadual (Art. I, *Clause 3*, Section 8) ; b) La reintroducción de la doctrina de la inmunidad soberana de los estados, con base en las enmiendas 10 y

¹⁰⁸ . Merrill T., “The making of the Second Rehnquist Court”, St. Louis L.J. 47:569 (2003). El autor, en una conferencia realizada en 2002, dividió el período de la Corte Rehnquist en dos fases. La primera iba de 1986 a 1995, período en el que hubo un sinnúmero de nombramientos en la Corte, y que tuvo en la agenda cuestiones sociales controvertidas, como el aborto y oraciones en las escuelas. En esa etapa, la Corte no fue capaz de hacer avanzar significativamente la agenda conservadora. La segunda fase tuvo inicio en 1994, cuando la Corte pasó de los asuntos sociales para cuestiones estructurales, que envolvían, particularmente, el tema del federalismo. Allí, la mayoría conservadora, bajo el liderazgo del Presidente, obtuvo expresivo suceso. En su Foreword: the third Rehnquist Court al libro de Craig Bradley (ed.), c, 2005, Linda Greehouse identificó una tercera fase, correspondiente a los años finales de la Corte, entre el año 2002 y el 2005, cuando asuntos sociales como los derechos de los homosexuales y acciones afirmativas volvieron a ser objeto de discusión y hubo un reflujó en la “revolución federalista”. En ese período, Rehnquist ya no logró liderar a la Corte en diversas decisiones, siendo su voto parte de la tesis de minoría.

¹⁰⁹ . U.S. Constitution: Art. I, Section 8, Clause 3: “The Congress shall have Power [...] To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes”. La cuestión de la cláusula de comercio (commerce clause), por su relevancia y por su impacto sobre el Derecho vigente, merece una referencia específica. Teniendo como base la competencia para regular el comercio interestadual, durante el gobierno de Franklin Roosevelt, fue promulgada la legislación proteccionista que ocasionaría el enfrentamiento entre el Presidente y la Suprema Corte. A partir de ese momento, durante los más de cincuenta años siguientes a la era del New Deal, el Congreso expandió sus poderes. Esta situación de confortable estabilidad fue confrontada por la Corte Rehnquist, en un conjunto de decisiones tomadas por una mayoría apretada de 5 a 4. La primera de ellas fue *United States vs. Lopez* (514 U.S. 549 de 1995), cuando la Suprema Corte consideró inconstitucional el Gun-Free School Zones Act que tipificaba como crimen federal la posesión de armas de fuego en las cercanías de las escuelas. La mayoría de los jueces entendió que no existía una relación suficiente entre la posesión de armas y el comercio interestadual, que permitiera legitimar la ley federal.

11¹¹⁰; c) el resurgimiento de la doctrina del *state action* en las acciones basadas en la Enmienda 14¹¹¹. De acuerdo a la

¹¹⁰ . La doctrina de la inmunidad soberana de los estados restringe la posibilidad de que el Congreso apruebe leyes sujetando a los estados a acciones judiciales. En *Seminole Tribe of Florida vs. Florida*, 517 U.S. 44 (1996), y en *Alden vs. Maine*, 527 U.S. 706 (1999), la Suprema Corte consideró que leyes federales que abrogaban la inmunidad jurisdiccional de los estados violaban la Enmienda 11. Como consecuencia, los estados no pueden ser procesados sin su consentimiento, ya sea en cortes federales (*Seminole*) o en cortes estatales (*Alden*).

¹¹¹ . En *DeShaney vs. Winnebago County*, 489 U.S. 189 (1989), la Corte entendió que la Enmienda 14 no autoriza la responsabilidad del estado por acto de violencia privada contra un individuo (en el caso concreto, un niño), a pesar de que pudo haberlo evitado. En *United States vs. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000), sostuvo que la Enmienda 14 no fornecía una base para la edición de la *Violence Against Women Act*, de 1994, una vez que la ley no cuidara los daños causados por el estado (*redress harm caused by the state*), pero sí por partes privadas.

evaluación realizada por estudiosos sobre la materia, en los conflictos existentes entre el gobierno y los particulares, la tendencia de la Corte fue la de alinearse con el gobierno. Por otro lado, en las disputas entre el gobierno federal y el estadual, la Corte se inclinó a favor de los estados, invalidando constantemente la legislación federal¹¹⁶.

Otro tema central para la Corte Rehnquist era el de los derechos de las personas acusadas en procedimientos penales. El *Chief Justice* se empeñó en restringir los efectos de *Mapp vs. Ohio* y de *Miranda vs. Arizona* durante todo el período en que estuvo al frente de la Corte. (Hoffer P. Ch., Hull Hoffer W. y Hull N.E.H., 2007, p. 436). De hecho, el alcance de tales precedentes fue limitado en decisiones como *Whren vs. United States* (1996)¹¹⁷ y *Atwater vs. Lago Vista* (2001)¹¹⁸. Sin embargo, no sin causar alguna sorpresa – y decepción para las personas defensoras de la posición más rígida en cuestiones penales –, la Corte reafirmó *Miranda* al decidir *Dickerson vs. United States* (2000)¹¹⁹, dando a aquella combatida decisión fundamento constitucional expreso¹²⁰.

En precedentes más recientes, relacionados con la guerra contra el terror –*Hamdi vs. Rumsfeld* y *Rasul*¹²¹ vs. *Bush*¹²² –, la Corte decidió que las personas detenidas, americanas o no, podían cuestionar en las cortes americanas su prisión. Entre tanto, en *Padilla vs. Rumsfeld* (2004)¹²³, se invalidó, por razones procesales, la decisión de la Corte de Apelaciones que había negado al Presidente poderes para arrestar a un ciudadano americano sobre el alegato de ser un enemigo combatiente.

A pesar del empeño de su Presidente y de otros jueces, la Corte Rehnquist no consiguió reformar *Roe vs. Wade* y abolir el derecho al aborto¹²⁴. Sin embargo, en dos ocasiones, estuvo muy cerca de lograrlo, lo que hubiera consumado un cambio ansiado por sectores conservadores, grupos religiosos y por los propios presidentes Reagan y Bush. En ambos casos, la Suprema Corte produjo decisiones divididas, algunas de ellas confusas, y con un sinnúmero de divergencias y contradicciones.

116. Hall K. (ed), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, 2. ed., 2005, p. 835.

117 117. 517 U.S. 806 (1996). En esta decisión la Corte declaró que la autoridad policial puede realizar búsquedas y aprensiones en vehículos que hayan sido detenidos por infracciones de tránsito.

118. 532 U.S. 318 (2001). La Corte decidió que la Enmienda 4 no prohíbe la prisión sin mandato en caso de infracciones penales menores, como es el caso de la falta de uso de cinturón de seguridad.

119. 530 U.S. 428 (2000). Una ley federal (18 USC Section 3501) estableció que “una confesión debe ser admitida como prueba si la misma fue voluntaria”. Esta previsión, en último término, se traía abajo la exigencia de advertencias previas que había sido impuesta en la decisión de *Miranda*. La Corte, por 7-2, con voto de Rehnquist – Scalia y Thomas no concordaron –, entendió que “*Miranda* proclamó una regla constitucional que no puede ser superada por acto legislativo del Congreso. La Corte, por su parte, no desea reformar *Miranda*”.

120. Rehnquist tenía una visión dura en materia penal, que incluía se ponía de manifiesto, de forma notoria, en sus posiciones con respecto a la pena de muerte. Él defendía que esa pena debía ser aplicada más frecuentemente. En *McCleskey vs. Kemp* (1987), con su apoyo, la Corte consideró irrelevante el hecho de que las estadísticas demostrasen discriminación racial contra los negros en el pronunciamiento de sentencias capitales. Además de ello, se alineó a la mayoría de la Corte afirmando la constitucionalidad de la ejecución de adolescentes de dieciséis y de diecisiete años (*Stanford v. Kentucky*, 492 U.S. 361 [1989]). Su voto fue vencido, cuando la mayoría entendió que menores de quince años (*Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815 [1988]) y personas “mentalmente retardadas” (*Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 [2002]). no podían ser ejecutadas. En *United States vs. Verdugo-Urquidez* (494 U.S. 259 de 1990), la Suprema Corte consideró que la Enmienda 4 no se aplicaba a búsquedas y aprensiones hechas por agentes americanos en la propiedad de no americanos en el exterior. Hoffer P. Ch., Hull Hoffer W. y Hull N.E.H., *The Supreme Court: an essential history*, 2007, p. 434: “From 2003 to 2005, the chief justice was in the majority in all eleven criminal justice 5-to-4 decisions expanding exceptions to the exclusionary rule and dissented in all nine of the 5-to-4 cases that reversed or remanded cases in which police or prosecutorial misconduct was alleged”. 121. 542 U.S. 507 (2004).

122. 542 U.S. 466 (2004).

123. 542 U.S. 426 (2004).

124. Recuérdese que Rehnquist había participado del proceso de *Roe vs. Wade*, en 1973, siendo su voto uno de los dos que fueron vencidos. El otro fue de Byron White.

El primero de ellos fue *Webster vs. Reproductive Health Service* (1989)¹¹² que tuvo por objeto la constitucionalidad de la ley de Missouri que imponía una gran cantidad de restricciones a la realización del aborto, inclusive a la prohibición de que el procedimiento fuera realizado en hospitales públicos o en el que estuvieran involucrados fetos con más de veinte semanas y con probabilidad de vida¹¹³.

A pesar de haber declarado válidas las imposiciones contenidas en la legislación estadual y de haberse alejado de algunas de las premisas establecidas sobre la materia, la Corte enfatizó que la esencia de la decisión en *Roe* se mantenía¹¹⁴¹¹⁵.

El segundo intento se produjo con *Planned Parenthood vs. Case* (1992) . Una ley de Pennsylvania imponía una serie de exigencias para la realización del aborto, entre las cuales estaban el consentimiento informado, la notificación al cónyuge, el consentimiento de los padres y el período de espera de 24 horas. Nuevamente, por 5-4, la Corte reafirmó *Roe*, a pesar de haber mantenido casi todas las imposiciones de la ley, salvo la que se refería a la notificación al cónyuge¹¹⁶.

En una última decisión – *Stenberg vs. Carhart* (2000) – la Corte conoció la prohibición de un procedimiento específico, conocido como “aborto con nacimiento parcial” (partial-birth abortion), invalidado en esa oportunidad una ley de Nebraska¹¹⁷.

Como se indicó, la Corte Rehnquist enfrentó una gran dificultad para producir consenso o por lo menos mayorías constantes en diversas áreas de su jurisprudencia. Este también fue el caso en las cuestiones que envolvían el mandamiento constitucional de igualdad y las acciones afirmativas. Entre tanto, como tendencia, es posible afirmar que la Corte tornó más rígidos los criterios que permitían el tratamiento favorable a

¹¹² . 492 U.S. 490 (1989).

¹¹³ . La ley estadual declaraba, en su preámbulo, “que la vida de cada ser humano comienza con la concepción” ([t]he life of each human being begins at conception) e imponía las siguientes restricciones: servidores públicos y establecimientos públicos no podían ser utilizados para realizar aborto, excepto si es necesario para salvar la vida de la madre; recursos, servidores o establecimientos públicos (public funds, employees, or facilities) no podían ser utilizados para incentivar o aconsejar (encourage or counsel) a una mujer a realizar un aborto, excepto si era necesario para salvar su vida; y médicos deberían hacer pruebas de viabilidad a partir de la vigésima semana de gestación y no podrían realizar un aborto de fetos con posibilidades de vida.

¹¹⁴ . Al admitir como válida la restricción al aborto a partir de la vigésima semana, la Corte se afastó de uno de los pilares de *Roe*, según el cual, durante el primer trimestre de gestación la decisión de hacer o no un aborto era un derecho de la mujer. Sin embargo, en el voto del propio Chief Justice se hizo la salvedad de que la decisión no afectaba aquel precedente: “2. This case affords no occasion to disturb *Roe’s* holding that a Texas statute which criminalized all nontherapeutic abortions unconstitutionally infringed the right to an abortion derived from the Due Process Clause. *Roe* is distinguishable on its facts, since Missouri has determined that viability is the point at which its interest in potential human life must be safeguarded. P. 521”.

¹¹⁵ . 505 U.S. 833 (1992).

¹¹⁶ . La decisión estuvo extremadamente dividida, sin que ningún voto (opinion) tuviese la aceptación de la mayoría. No obstante, prevaleció una decisión colectiva, elaborada por los Ministros Souter, O’Connor y Kennedy (a plurality decision written by Justices Souter, O’Connor, and Kennedy), debido a que diferentes partes de su texto tuvieron al menos la adhesión otros dos Ministros. La decisión mayoritaria revisó la regla de *Roe* sobre la preferencia del interés de la mujer durante el primer trimestre y substituyó el criterio del examen más riguroso (heightened scrutiny), que era la línea seguida en materia de derechos fundamentales, por uno menos riguroso, identificado como “carga indebida” (undue burden).

¹¹⁷ . *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000).

determinados grupos, en razón de discriminaciones pretéritas. Así, por ejemplo, se tornó más difícil ganar procesos judiciales basados en discriminaciones realizadas en el empleo, con la inversión de la carga de la prueba del impacto desproporcionado¹¹⁸.

¹¹⁸ . *Ward's Cove Packing Co. v. Atonio*, 490 U.S. 642 (1989).

El tratamiento preferencial a empresas de propiedad de minorías raciales, en programas y contratos gubernamentales, pasó a estar sujeto a un test de constitucionalidad de difícil superación¹¹⁹.

Con relación al uso de la raza como criterio para la admisión en la universidad, la Suprema Corte, en un mismo día, dictó dos decisiones con direcciones opuestas. En *Gratz vs. Bollinger* (2003)¹²⁰, consideró inconstitucional el criterio que atribuía un bonus de veinte puntos (un quinto de los puntos necesarios para ser aprobado) a los candidatos negros, latinos y de origen indígena. Sin embargo, en *Grutter vs. Bollinger* (2003)¹³⁴, siguiendo la línea del precedente firmado en *Bakke*, afirmó que la raza y la búsqueda de la diversidad son factores legítimos –pero no son los únicos– que deben ser considerados en el proceso de admisión a la universidad.

Dos últimas cuestiones merecen referencia. La primera de ellas es la que se refiere al tratamiento constitucional de la *religión*, tema sobre el cual Rehnquist fue capaz de liderar a la Corte de acuerdo con su visión. Aun antes de tornarse Presidente, él había conducido a la Corte, con una mayoría apretada, para afirmar que los subsidios públicos para escuelas religiosas no violaban la *Establishment clause* de la Enmienda 1¹²¹. Como Chief Justice, Rehnquist fue autor de la redacción del voto en *Zelman vs. Simmons-Harris* (2002)¹³⁶, validando los vouchers escolares que, en la práctica, significaban la matrícula de niños de familias de baja renta en escuelas religiosas. En *Van Orden vs. Perry* (2005)¹²², consideró constitucional un monumento a los Diez Mandamientos en la entrada de la sede del Gobierno de Texas.

En lo que respecta a *los derechos de los homosexuales*, la posición de Rehnquist prevaleció en *Boy Scouts of America vs. Dale* (2000)¹²³, admitiendo la exclusión de un miembro de una asociación debido a su homosexualidad asumida. Entre tanto, el Chief Justice no hizo prevalecer su opinión en *Romer vs. Evans* (1996)¹²⁴, cuando la Corte declaró la inconstitucionalidad de una enmienda a la Constitución estadual que prohibía cualquier acto legislativo, administrativo o judicial de protección a los homosexuales.

El voto de Rehnquist fue igualmente vencido en *Lawrence vs. Texas* (2003)¹²⁵, decisión que superó el precedente *Bowers vs. Hardwick* (1986)¹⁴¹ y reconoció, expresamente, que el derecho constitucional de privacidad protegía las relaciones homosexuales voluntarias entre personas adultas.

¹¹⁹ . En *Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989), la Corte consideró inconstitucional la previsión de que 30 por ciento de los contratos públicos deberían ir para empresas de propiedad de minorías (the city's determination that 30 percent of its contracting work should go to minority owned businesses) y estableció que el tratamiento diferenciado basado en el criterio racial estaba sujeto a un test riguroso de inconstitucionalidad (must pass a strict scrutiny review). Esa línea de orientación fue reiterada en *Adarand Constructors vs. Peña*, 515 U.S. 200 (1995).

¹²⁰ . 539 U.S. 244 (2003).

¹³⁴ . 539 U.S. 306 (2003).

¹²¹ . *Mueller vs. Allen*, 463 U.S. 388 (1983), admitió la deducción en el impuesto de renta de valores pagados a escuelas religiosas. Sobre la presidencia de Rehnquist, la Corte amplió la protección constitucional a otras situaciones, tal y como lo señalaron Peter Charles Hoffer, Williamjames Hull Hoffer y N.E.H. Hull, (2007, p. 423): "The majority extended protection to religious films and public money spent for religious purposes, so long as the public authority had opened the space to all or allowed religious groups to use the funding, in *Lamb's Chapel v. Center Moriches Union Free Schools District* (1993), *Capitol Square Review Board v. Pinette* (1995), *Rosenberger v. Tolerable and Visitors* (1995), *Bowens v. Kendrick* (1988), and *Zobrest v. Catalina Foothills School District* (1993)". 136. 536 U.S. 639 (2002).

¹²² . 137. 545 U.S. 677 (2005).

¹²³ . 138. 530 U.S. 640 (2000).

¹²⁴ . 139. 517 U.S. 620 (1996).

¹²⁵ . 140. 539 U.S. 558 (2003).

Con la muerte del ¹²⁶*Chief Justice*, en el año 2005, la Corte Rehnquist encerró su ciclo como una de las más influyentes en la historia norteamericana. La Corte fue contemporánea y, en algunos momentos, fue protagonista de la consolidación del pensamiento conservador. Especialmente después de que Antonin Scalia y Clarence Thomas fueron nombrados, muchas conquistas liberales fueron abaladas. Acciones afirmativas pasaron a ser más difíciles de implementar.

Las garantías de las personas imputadas en procesos penales pasaron a ser interpretadas de manera más estricta. La separación entre Iglesia y Estado se tornó más tenue. El activismo conservador de la Corte la llevó a invalidar un sinnúmero de leyes que favorecían los derechos civiles, en nombre de un nuevo federalismo¹²⁷. Finalmente, es imposible no registrar el mayor peso que concepciones e intereses partidarios pasaron a tener en la formación de las convicciones de la Corte.

En *Clinton vs. Jones* (1997)¹²⁸, la Corte afirmó que el Presidente de los EUA – en aquel momento un demócrata – podía ser demandado judicialmente por hechos no relacionados con el ejercicio del cargo y aún por hechos anteriores a la toma de posesión de la presidencia. Sin embargo, en *Cheney vs. USDC for District of Columbia* (2004)¹⁴⁴, reconoció el privilegio ejecutivo a favor del vicepresidente republicano, Dick Cheney. Más dramática fue la interferencia de la Suprema Corte en el resultado de las elecciones presidenciales, en *Bush vs. Gore* (2000)¹²⁹, un ejercicio pleno del poder político y de una indebida aplicación del derecho.

3. La Corte Roberts¹³⁰

En julio de 2005, John Glover Roberts Jr. fue indicado por el presidente George W. Bush para el puesto que quedaría vacante con la anunciada jubilación de Sandra Day O'Connor. Entre tanto, antes de que fuera confirmado por el Senado, el presidente de la Corte, William Rehnquist, falleció en septiembre de 2005. Ante esa situación,

¹²⁶. 478 U.S. 186 (1986). En este caso, la Suprema Corte declinó extender el derecho de privacidad a las relaciones homosexuales, y afirmó la constitucionalidad (upholding) de una ley de Georgia que criminalizaba tales relaciones.

¹²⁷. En el debate (roundtable) sobre "The Rehnquist Court", publicado en *Stanford Lawyer*, Spring 2005, p. 30-36, el profesor Larry Kramer recordó, p. 33: "From 1994 to 2004 the Rehnquist Court struck down 30 federal statutes. That's more than the Warren Court did during its most activist decade, and more than the Lochner Court did as well. If the Rehnquist Court struck down 11 statutes on federalism grounds, that's compared with none for the six decades prior to that. Striking down that many laws in so short a period has a tremendous effect throughout the political system – in terms of how Congress reacts, how the states react, how politicians campaign, and so forth. That's where the real effect is".

¹²⁸. 520 U.S. 681 (1997).

¹⁴⁴. 542 U.S. 367 (2004).

¹²⁹. 531 U.S. 98 (2000). En síntesis: la Corte decidió, en tiempo récord, por 5 votos a 4, la invalidez de un nuevo conteo de votos en municipios de Florida, conforme había sido determinado por la Suprema Corte de Florida. Bush había vencido la elección en el Estado por una cantidad mínima de votos y la legislación tenía previsto un nuevo conteo de votos en ese tipo de supuesto. La decisión de la Suprema Corte significó, en la práctica, la victoria de Bush. En un fuerte voto disidente, el juez Stevens apuntó: "The actual loser of this presidential election was 'The Nation's confidence in the judge as an impartial guardian of the rule of law'".

¹³⁰. Denniston L., *Rehnquist to Roberts: the "Reagan Revolution" fulfilled?* *University of Pennsylvania Law Review* 155: 63, 2006; Dworkin R., "Judge Roberts on Trial", *The New York Review of Books*, vol. 52, n. 16, 20 de octubre de 2005; Dworkin R., "The Supreme Court phalanx", *The New York Review of Books*, vol. 54, n.º 14, 27 de septiembre de 2007; Tushnet M., *The first (and last) term of the Rehnquist Court*, *Tulsa Law Review* 42: 495, 2007; Ryan J. E., *The Supreme Court and voluntary integration*, *Harvard Law Review* 121:131, 2007; Schauer F., *The Supreme Court: 2005 term foreword: the court's agenda — and the nation's*, *Harvard Law Review* 120:4.

el Presidente revocó la designación de Roberts para la plaza de O'Connor y lo indicó para la posición de *Chief Justice*. Con la aprobación de su nombre por el Senado, el 29 de septiembre de 2005, se tornó el sucesor de Rehnquist, a quien anteriormente había servido como asesor (*Law clerk*) en los años de 1980 y 1981.

A lo largo de su carrera, el nuevo Presidente ejerció cargos en la Administración Pública sobre gobiernos republicanos, especialmente sobre la presidencia de Ronald Reagan. Además, actuó como abogado privado y, a partir del 2001, asumió como juez en la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia. Robert siempre estuvo ligado al pensamiento conservador, tanto en la política¹³¹ como en el Derecho¹³².

Para el puesto de Sandra Day O'Connor, fue nombrado Samuel Alito, jurista que también había ocupado cargos en administraciones republicanas y que, desde 1990, actuaba como juez en la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito (*U.S. Court of Appeals for the Third Circuit*), posición que ocupaba al haber sido nombrado por el presidente George Bush. Con la salida de O'Connor y el ingreso de Alito, se fortaleció el grupo conservador¹³³ y el bloque liberal perdió aún más espacio¹³⁴.

El ministro Anthony Kennedy, quien era visto como un conservador moderado, pasó a ser el voto decisivo en un sinnúmero de casos controvertidos. Roberts asumió el cargo con el propósito de aumentar el consenso y producir más decisiones unánimes, lo que de hecho ocurrió en un primer momento. Sin embargo, de manera progresiva, se fue acentuando la división de la Corte, con una sucesión de decisiones tomadas por 5-4. En el período encerrado en junio de 2007, ese tipo de decisiones ajustadas correspondían a un tercio de los casos. En todos los veinticuatro casos resueltos por 5-4, el ministro Kennedy votó con la mayoría y desempeñó un papel central en los rumbos de la jurisprudencia constitucional de la Corte Roberts. Su posición contraria al aborto y a la acción afirmativa, por ejemplo, contribuyeron para que la Corte se moviera hacia la derecha.

Como es lógico, todavía no es posible analizar la Corte Roberts desde una perspectiva histórica más amplia, ni tampoco se puede medir el impacto de los cambios políticos ocurridos en el Congreso en el 2006, y en la

¹³¹ . Políticamente, el nuevo *Chief Justice* era parte del grupo de los llamados "hijos de la Reagan Revolution". V. Lyle Denniston, Rehnquist to Roberts: the "Reagan Revolution" fulfilled? *University of Pennsylvania Law Review* 155: 63, 2006, p. 65. Sobre el movimiento conservador propiciado por la "Reagan Revolution", Silverstein M., Ginsberg B., *The Supreme Court and the New Politics of Judicial Power*, *Political Science Quarterly* 102 (3): 371, 1987.

¹³² . Dworkin R., (2005): "During his public career, Roberts manifested his opposition against improving voter rights protections; he upheld the constitutionality of an initiative of Congress to deprive the federal courts of the power to supervise racial integration; denigrated the efforts of a group of female legislators to reduce employment inequality; referred to the right of privacy by using the words "so-called"; signed a petition to the Supreme Court to modify the understanding that was consecrated in the *Roe v. Wade* decision; and classified as "indefensible" the Supreme Court's decision prohibiting the creation of a minute of silence in schools – based on the argument that this interval could be utilized for prayers (see the recent article by William L. Taylor on Roberts' career)".

¹³³ . Con el nombramiento de Alito, se consumó la previsión de los analistas en torno a la superación de la llamada "split-the-difference jurisprudence", que se caracteriza justamente por decisiones que, en lugar de adherirse perentoriamente a una de las vertientes extremas del debate constitucional, buscan adecuarse al "constitucionalismo mediano". Wilkinson J. H. III, *The Rehnquist Court at Twilight: The Lures and Perils of split-the-difference jurisprudence*, *Stanford Law Review* 58:1969, 2006. La principal representante de ese constitucionalismo mediano era justamente la jueza Sandra O'Connor, substituida por Alito.

¹³⁴ . Los jueces considerados más conservadores son Clarence Thomas, Antonin Scalia, John Roberts y Samuel Alito. Anthony Kennedy se alió al ala conservadora en la mayor parte de sus votos. El bloque liberal es formado por los Ministros (Associate Justices) John Paul Stevens, David H. Souter, Ruth Bader Ginsburg e Stephen G. Breyer.

Presidencia en el 2008¹³⁵. No obstante, ya es posible destacar algunas decisiones que confirman que se trata de la Corte que las personas conservadoras ansiaban y las liberales temían¹⁵².

De hecho, tan solo en el año judicial encerrado en junio de 2007, la Corte consideró constitucional una ley restrictiva del aborto, mantuvo la condena del imputado en casi todos los casos que conoció, aumentó la dificultad para que los y las inversionistas puedan procesar a las empresas y a sus ejecutivos por fraude con valores mobiliarios; invalidó programas de integración racial en las escuelas; restringió la libertad de expresión de alumnos y alumnas de escuelas públicas; dificultó el acceso a la Corte, imponiendo restricciones procesales más rigurosas, y así por delante.

En las cuestiones que envuelven *el derecho penal y el proceso penal*, la Corte Roberts ha adoptado la misma orientación conservadora de la Corte Rehnquist. En lo que respecta a la pena de muerte, la Corte consideró, en *Kansas vs. Marsh* (2006)¹³⁶, que era constitucional la ley de Kansas que permitía la ejecución de la persona acusada cuando las circunstancias agravantes y atenuantes se presentaran con igual peso¹³⁷.

En *Uttecht vs. Brown* (2007)¹⁵⁵, la Suprema Corte tornó más fácil para la parte acusadora, la dispensa de jurados que en su entender serían desfavorables a la pena de muerte. Ambos casos fueron resueltos por 5 a 4.

En lo que se refiere a pruebas obtenidas con violación de la Enmienda 4, al decidir *Hudson vs. Michigan* (2006)¹³⁸, la Corte consideró que el incumplimiento de la regla “*knock and announce*” –que imponía a la autoridad policial el deber de tocar la puerta, anunciar su presencia y aguardar un período razonable antes de entrar en el domicilio de la persona acusada– no debería llevar a excluir la prueba que así fue obtenida.

En *Carey vs. Musladin* (2006)¹³⁹, la Corte consideró que no se violaba el derecho de la persona imputada a un proceso justo por el hecho de que los y las parientes de la alegada víctima se sentaran en la sesión del proceso usando broches que exhibían la imagen de la víctima.

En materia de *libertad de expresión*, la jurisprudencia de la Suprema Corte ha admitido restricciones importantes. En *Rumsfeld vs. Forum for Academic and Institutional Rights* (2006)¹⁵⁸, la Corte, en decisión unánime, no reconoció la posibilidad de que facultades de derecho negaran el acceso de reclutadores militares

¹³⁵. Tushnet M., The first (and last) term of the Rehnquist Court, *Tulsa Law Review* 42: 495, 2007, p.

500. 152. Greenhouse L., “In steps big and small, Suprem Court moved right”, *New York Times*, July 1st, 2007.

¹³⁶. 548 U.S. 163 (2006). En su voto vencido, el ministro Souter, con la adhesión de los ministros Stevens, Ginsburg e Breyer, se refirió a la ley de Kansas como un absurdo moral. Sobre el tema, George H. Kendall, *The high Court remains as divided as ever over the death penalty*, *Michigan Law Review First Impressions* 105:79, 2006: “If the outcome in Marsh is any indication of how the Court will deal with capital punishment in the future, it appears that the Roberts Court will divide as often and as sharply as did the Burger and Rehnquist Courts”.

¹³⁷. En otro caso que envuelve la pena de muerte *Panetti v. Quarterman*, 551 U.S. (2007), la Corte reiteró la jurisprudencia anterior en el sentido de que una persona mentalmente incapaz de comprender la razón de su ejecución no podía sufrir tal pena. *Ford v. Wainfight* (1986), 477 U.S. 399 (1986) y *Stewart v. Martinez-Villareal*, 523 U.S. 637 (1998). 155. 551 U.S. ____ (2007).

¹³⁸. 547 U.S. 586 (2006).

¹³⁹. 549 U.S. 70 (2006).

158. 547 U.S. 47 (2006).

a sus *campus*, medida que las instituciones de enseñanza habían tomado en razón de que las Fuerzas Armadas adoptaron políticas de discriminación en relación con los homosexuales¹⁴⁰.

En *Garcetti vs. Ceballos* (2006)¹⁴¹, una Corte dividida por 5-4 decidió que las personas servidoras públicas —en el caso concreto, un procurador distrital—, en el ejercicio de sus funciones, no están protegidos por la Enmienda 1, y sus manifestaciones podían ser sometidas al poder disciplinario del empleador¹⁴².

En *Morse vs. Frederick* (2007), nuevamente en una decisión tomada por 5-4, la Corte entendió que la decisión del director de una escuela de sancionar a un estudiante que exhibió una manta mediante la cual supuestamente estaba defendiendo el uso de la marihuana, no violaba la Enmienda 1¹⁴³.

En lo que respecta al derecho al aborto, la Corte Roberts siguió la tendencia restrictiva de su antecesora. No obstante, sin llegar a superar *Roe vs. Wade*. En *González vs. Carhart* (2007)¹⁴⁴, la Suprema Corte afirmó la constitucionalidad de la Ley de Prohibición del Aborto Parcial (Partial-Birth Abortion Ban Act), de 2003, la cual prohibía una específica hipótesis de aborto. Por una mayoría de 5-4, entendió que la ley no imponía una restricción indebida al derecho de la mujer de interrumpir la gestación¹⁴⁵.

En materia de *equal protection* y acción afirmativa, la Corte invalidó planos de integración racial voluntaria en escuelas de Seattle y de Louisville, Ky, las cuales usaban a la raza como uno de los elementos de desempate cuando una escuela de enseñanza media (High-School) recibía más candidatos de los que podría aceptar, de modo que se aseguraran determinados porcentajes de diversidad¹⁴⁶. Por 5-4, la Corte consideró que la política

¹⁴⁰ . La regla conocida como “Don’t ask, don’t tell” (10 U.S.C. § 654) prohibía a las Fuerzas Armadas la admisión o manutención en sus filas de homosexuales. En virtud de ello, varias facultades de Derecho negaron el acceso de personas que hacían el reclutamiento para las Fuerzas Armadas. El Congreso respondió con la Emienda Solomon, según la cual, las Universidades que reciben fondos federales deberían aceptar el acceso de los militares. Llevado el asunto al Poder Judicial, la Suprema Corte entendió que la Enmienda Solomon no violaba la libertad de expresión y de asociación de las facultades y mantuvo la posibilidad de que el Gobierno negara fondos federales a las facultades que no permitiesen el acceso a militares, para fines de reclutamiento, que facultaban a otros potenciales empleadores. Roberts pronunció la tesis que predominó en la Corte, acompañado por los otros miembros, excepto por Alito, quien realizó sus propias consideraciones.

¹⁴¹ . 547 U.S. 410 (2006).

¹⁴² . Sobre el tema, Roberts R., *The Supreme Court and the deconstitutionalization of the freedom of speech rights of public employees*, *Review of Public Personnel Administration* 27 (2): 171, 2007; Charles W. “Rocky” Rhodes, *Public employee speech rights fall prey to an emerging doctrinal formalism*, *William & Mary Bill Of Rights Journal* 15: 1, 2007.

¹⁴³ . El voto que obtuvo la adhesión de la mayoría fue escrito por el Chief Justice Roberts, quien concluyó que la administración escolar no violaba la Primera Enmienda al reprimir manifestaciones en pro de las drogas. Para fundamentar esa decisión, fueron mencionados precedentes como *Bethel School District vs. Fraser*, 478 U.S. 675 (1986), *Hazelwood vs. Kuhlmeier*, 484 U.S. 260 (1988). V. Dickler, Melinda Cupps, “The Morse quartet: student speech and the First Amendment. *Loyola Law Review* (Forthcoming). Disponible en <http://ssrn.com/abstract=1009601>.

¹⁴⁴ . 550 U.S. ____ (2007).

¹⁴⁵ . No obstante, la posibilidad que crea para que los estados limiten los derechos reconocidos en *Roe*, ha sido vista con bastante preocupación. (*George J. Annas*), *The Supreme Court and Abortion Rights*, *New England Journal of Medicine: Health law, ethics, and human rights* 356 (21): 2201, 2007, p. 2206: “Some physicians will surely be tempted to view the decision as a narrow victory for antiabortion forces that is unlikely to have more than a marginal effect on medical practice. This view is understandable but misses the potential broader impact of the opinion on the regulation of medical practice and the doctor–patient relationship generally. Until this opinion, the Court recognized the importance of not interfering with medical judgments made by physicians to protect a patient’s interest. For the first time, the Court permits congressional judgment to replace medical judgment”.

¹⁴⁶ . *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1* 551 U.S. ____ (2007).

no pasaba en el “escrutinio estricto” a que deben ser sometidas las distinciones basadas en cuestiones raciales, debido a la inexistencia de segregación en el pasado, lo que no permitiría caracterizar la presencia de un interés público preponderante. La Corte Roberts demostró, en esa decisión, que la implementación de nuevas políticas de acción afirmativa tendía a tornarse muy difícil, o casi imposible, y se justificaba apenas en hipótesis sumamente excepcionales¹⁴⁷.

¹⁴⁷ . La decisión ha sido duramente criticada. V. *James E. Ryan*, *The Supreme Court and voluntary integration*, *Harvard Law Review* 121:131, 2007, p. 156: “*The danger and significance of Parents Involved* is that it will make that already remarkably difficult struggle even harder, if not impossible. The legitimate fear is that school districts will interpret this opinion as a signal that they should not bother with school integration. Some districts might conclude that there is now something vaguely illicit about the whole enterprise, that pursuing integration requires indirection and duplicity rather than the overt use of race. Other districts might reason that pursuing integration will only lead to litigation. Clearly, not many districts now seem interested in racial integration, but this decision increases the odds that fewer of them will be interested in the future”.

En temas de *derecho electoral*, la Corte Roberts ha sido acusada de promover la desregulación de las campañas y de no proteger a los grupos minoritarios en causas que envuelven el dimensionamiento de distritos electorales. En *Randall vs. Sorrell*, la Suprema Corte entendió que la limitación de gastos de campaña es inconstitucional, ya que viola la libertad de expresión¹⁴⁸.

En *Federal Election Commission vs. Wisconsin Right to Life* (2007)¹⁴⁹, consideró inconstitucional la aplicación de la legislación federal que impide la utilización de recursos de empresas para propaganda política durante los sesenta días que anteceden a la elección en caso de que los anuncios se refieran a cuestiones en debate y no al apoyo u oposición a determinado candidato¹⁵⁰.

En *League of United Latin American Citizens vs. Perry*, la Corte enfrentó el alegato de que en la redistribución de los distritos electorales en Texas, hubo violaciones a la Constitución y a las leyes, por existir fines político-partidarios. El formato de los nuevos distritos habría sido diseñado para beneficiar a los republicanos. Con excepción de un distrito¹⁵¹, la Corte se rehusó a declarar la nulidad de la redistribución, y su principal fundamentando fue el hecho de no haber sido suficientemente demostrado el fin partidario oscuro que se alegaba¹⁵².

En el año judicial (*term*) encerrado en junio de 2008, el número de decisiones tomadas por 5 a 4 disminuyó¹⁵³. En el caso de mayor relevancia en el período, la Corte sostuvo la tesis de que la Segunda Enmienda a la Constitución protegía el derecho individual a la posesión de armas para uso personal, invalidando la prohibición contenida en una ley del distrito de Columbia¹⁵⁴.

¹⁴⁸ . La mayoría se formó con los votos de Breyer, Roberts, Alito, Kennedy, Thomas y Scalia, manteniendo el precedente fijado en *Buckley vs. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976), en el cual la Suprema Corte había decidido que el gasto de dinero para influenciar a electores era protegido por la libertad de expresión.

¹⁴⁹ . 551 U.S. ____ (2007). La ley en cuestión era la Bipartisan Campaign Reform Act of 2002 (“McCain –Feingold”).

¹⁵⁰ . Para una crítica severa de esta decisión, v. Ronald Dworkin, “The Supreme Court phalanx”, *The New York Review of Books*, vol. 54, n.º 14 del 27 de septiembre de 2007.

¹⁵¹ . Específicamente, en el caso de uno de los distritos rediseñados, el número 23, las nuevas líneas diluían el voto (vote dilution violative), irrespetando el Voting Rights Act de 1965 en la sección 2, que dispone sobre la protección de los derechos de las minorías contra las mayorías, porque 100 000 latinos fueron transferidos del antiguo para un nuevo distrito, extrañamente diseñado, razón por la cual la oposición al plano calificó la maniobra como gerrymandering. Ante ello, la Suprema Corte entendió que, de hecho, el cambio podría encerrar un problema calificado de protección de la relación mayoría-minoría, una vez que el antiguo distrito era separado en tres comunidades (Anglos, Blacks, Latinos) y nunca había sido modificado durante veintidós años.

¹⁵² . Kennedy, Alito y Roberts entendieron que el redimensionamiento de los distritos no violaba la sección 2 del Voting Rights Act. Por su parte, Scalia y Thomas entendieron que el reclamo referente a que el gerrymandering era inconstitucional y que no se trataba de una controversia justificada. Los justices Scalia, Roberts, Thomas y Alito concluyeron que la Corte distrital no se equivocó al rechazar la apelación en la cual se argumentaba que remover a los latinos del distrito 23 constituía una dilución intencional del voto (intentional vote dilution). Los justices Scalia, Robert, Thomas y Alito, por su parte, entendieron que la creación del distrito 25 satisfacía al Voting Rights Act de 1965.

¹⁵³ . De los sesenta y tres casos decididos por la Suprema Corte entre octubre de 2007 y junio de 2008, once fueron decididos por un margen de un único voto, contra veinticuatro en el term anterior. *Greenhouse L.*, “On Court that defied labelling, Kennedy made the boldest mark”, *New York Times*, 29.06.2008.

¹⁵⁴ . *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. ____ (2008).

El sector conservador prevaleció también en decisiones como la que admitió la inyección letal como método de ejecución de pena de muerte¹⁵⁵ y en la que se exigía a la persona electora que presentara identidad con foto al momento de emitir el voto¹⁵⁶.

¹⁵⁵ . Baze v. Rees, 553 U.S. ____ (2008).

¹⁵⁶ . Crawford v. Marion County Election Board, 553 U.S. ____ (2008).

Entre tanto, el grupo más liberal de jueces conquistó importantes victorias, como en la decisión que aseguró a las personas detenidas en la Base de Guantánamo el acceso a las cortes federales¹⁷⁶, la cual invalidó una ley estadual donde estaba prevista la pena de muerte en el caso de estupro de menores, limitándose en esa ocasión tal tipo de sanción a los crímenes que provocaran la muerte de la víctima¹⁷⁷, así como en un conjunto de decisiones donde se reconocieron derechos de las personas trabajadoras en acciones por discriminación en el local de trabajo¹⁵⁷.

Como ya se indicó, aún es temprano para una evaluación profunda de la Corte Roberts. Tampoco es posible prever el impacto político, a mediano y largo plazo, del cambio de composición del Congreso y de la elección del nuevo Presidente. No obstante, es innegable el movimiento de la Corte hacia la derecha, su mayor afinidad ideológica con los grandes intereses económicos y políticos y su falta de simpatía por la expansión de los derechos civiles. En sus primeros años, la Corte ha recibido críticas duras, provenientes tanto de la academia¹⁵⁸ como de los medios de comunicación¹⁵⁹, las cuales le imputan un conservadurismo asociado a un partidismo alineado con los intereses del partido republicano y de los grupos religiosos.

¹⁵⁷ . Meacham v. Knolls Atomic Power Laboratory,

¹⁵⁸ . Ronald Dworkin, "The Supreme Court phalanx", *The New York Review of Books*, vol. 54, n. 14, 27 de septiembre de 2007: "It would be a mistake to suppose that this right-wing phalanx is guided in its zeal by some very conservative judicial or political ideology of principle. It seems guided by no judicial or political principle at all, but only by partisan, cultural, and perhaps religious allegiance. It urges judicial restraint and deference to legislatures when these bodies pass measures that political conservatives favor, like bans on particular medical techniques in abortion. But the right-wing coalition abandons restraint when it strikes down legislation that conservatives oppose, like regulations on political advertising and modest school district programs to further racial integration in public education. It claims to celebrate free speech when it declares that Congress cannot prevent rich corporations and unions from evading restrictions on political contributions. But it subordinates free speech to other policies when it holds that schools can punish students for displaying ambiguous but not disruptive slogans at school events. Lawyers have long been fond of saying, quoting Mr. Dooley, that the Supreme Court follows the election returns. These four justices seem to follow Fox News instead".

Editorial, *New York Times*, 30 de septiembre de 2007: "The Roberts bloc has not adhered to any principled theory of judging. Its members are not reluctant to strike down laws passed by Congress, as critics of "judicial activism" are supposed to be, or reluctant to overturn the court's precedents. The best predictor of how they will vote is to ask: What outcome would a conservative Republican favor as a matter of policy?"

¹⁵⁹ . principle at all, but only by partisan, cultural, and perhaps religious allegiance. It urges judicial restraint and deference to legislatures when these bodies pass measures that political conservatives favor, like bans on particular medical techniques in abortion. But the right-wing coalition abandons restraint when it strikes down legislation that conservatives oppose, like regulations on political advertising and modest school district programs to further racial integration in public education. It claims to celebrate free speech when it declares that Congress cannot prevent rich corporations and unions from evading restrictions on political contributions. But it subordinates free speech to other policies when it holds that schools can punish students for displaying ambiguous but not disruptive slogans at school events. Lawyers have long been fond of saying, quoting Mr. Dooley, that the Supreme Court follows the election returns. These four justices seem to follow Fox News instead".

Editorial, *New York Times*, 30 de septiembre de 2007: "The Roberts bloc has not adhered to any principled theory of judging. Its members are not reluctant to strike down laws passed by Congress, as critics of "judicial activism" are supposed to be, or reluctant to overturn the court's precedents. The best predictor of how they will vote is to ask: What outcome would a conservative Republican favor as a matter of policy?"

176. Boumediene v. Bush, 553 U.S. ____ (2008).
177. Kennedy v. Louisiana, 554 U.S. ____ (2008).

Conclusión

Las décadas posteriores al fin de la Segunda Guerra Mundial fueron marcadas por la *americanización de la vida* en múltiples dominios. Uno de ellos, ciertamente, fue el derecho constitucional. De hecho, en países distantes cultural y geográficamente, de un extremo al otro del globo, se diseminó el modelo que tuvo su marco inicial en *Marbury vs. Madison* y su apogeo en los años de la presidencia de Earl Warren en la Suprema Corte: centralidad de la Constitución, control de constitucionalidad con supremacía judicial y judicialización de las grandes controversias en torno de la realización de los derechos fundamentales.

En el transcurso del proceso de incorporación de ese modelo de constitucionalismo, los países de tradición romano-germánica pasaron por transformaciones extensas y profundas. Entre ellas, es posible destacar el fenómeno denominado como *constitucionalización del Derecho*, dentro del cual se enmarcan la aplicación directa e inmediata de la Constitución a las relaciones jurídicas en general, el control de constitucionalidad y la lectura del derecho infraconstitucional a la luz de los principios y reglas constitucionales. En el mismo contexto, personas juzgadoras, tribunales y, especialmente, los tribunales constitucionales se tornaron más actuantes y activistas, potenciando el desarrollo de nuevas categorías de interpretación constitucional.

Referencias

- Ackerman, B. (1997). The rise of world constitutionalism. *Yale Law School Occasional Papers, Second Series*, number 3.
- Arendt, H. (1987). *On revolution*. (a 1ª ed. 1963), p. 43 y s.
- Bennett, R. W. (1983). The Burger Court and the poor. En: *The Burger Court: The counter-revolution that wasn't*.
- Corwin's, E. S. (1973). *The Constitution and what it means today*.
- Epstein L., Segal J. A., Spaeth H. J. y Walker T. G. (2004). *The Supreme Court compendium: Data, decisions, & developments*.
- Dorsen & Gora, The Burger Court and the freedom of speech. En: *The Burger Court: The counter-revolution that wasn't*, 1983.
- Dworkin, R. (2005). Judge Roberts on Trial. *The New York Book of Review*, vol. 52, number 16, 20 de octubre.
- Favoreu, L. (1998). La constitutionnalisation du Droit. En: Mathieu B. y Verpeaux M. *La constitutionnalisation des branches du Droit*.
- Fernández Segado, F. (2000). *La jurisdicción constitucional en America Latina*, Montevideo.
- Ferrajoli, L. (2003). Pasado y futuro del Estado de derecho. En: Carbonell M. (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*;
- Zagrebelsky G., (2005). El derecho dúctil: lei, direitos e justiça,
- Forbath, W. y Sager, L. (2004). *Comparative Avenues in Constitutional Law: An Introduction*, *Texas Law Review* 82:1653.
- Graber ,Mark A. (2005). Constructing judicial review. *Annual Review of Political Science*. 8:442.

- Gardbaum, S., (2001). The new commonwealth model of constitutionalism. *American Journal of Comparative Law* 49:707, p. 715-16.
- Hoffer P. Ch., Hull Hoffer W. y Hull N.E.H. (2007). *The Supreme Court: an essential history*.
- Jackson, V. C. (2005-2006). Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement, *Harvard Law Review* 119:109, p. 111.
- Kahn, P. W. (2002-2003). *Comparative Constitutionalism in a New Key*, 101 MICH. L. REV. 2677, 2700.
- Klaus, Stern. (1987). *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*.
- Locke, J. (1978). *Second treatise of government*. (La 1ª edición es de 1690), cap. VIII, p. 47.
- Mathieu, B. y Verpeaux, M. *La constitutionnalisation des branches du Droit*, 1998.
- Moro, S. F. (2001). A corte exemplar: considerações sobre a Corte de Warren. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. 36:337.
- Newson, J. (2006). *Justice for all: Earl Warren and the Nation he made*.
- Nichol, G. Jr. (1984). An activism of ambivalence. *Harvard Law Review* 98:315, p. 319-320.
- Parrish, M. E. (1982). Review essay: Earl Warren and the American judicial tradition. *Law & Social Inquiry*, volume 7, oct.
- Robinson, C. D., (1985). Review essay. The criminal procedure political connection: Miranda before and after. *Law & Society Inquiry* 10:427.
- Tushnet, M. (1984). The optimist's tale. *University of Pennsylvania Law Review* 132:1257, p. 1270.
- Weinrib, L. E. (2006). The postwar paradigm and American exceptionalism. En: *The Migration of Constitutional Ideas*.

