



**Facultad de Derecho
Universidad de Buenos Aires
Talleres de Estudio Profundizado (TEP)
Elementos del Derecho Constitucional**

***“Poder judicial y democracia: una historia del debate
“contramayoritario” en Estados Unidos”***

**Docente: Ramiro Álvarez Ugarte
Horario: miércoles de 15.30 a 17 hs.**

Profesor: Ramiro Álvarez Ugarte

1. Introducción

Este *Taller de Estudio Profundizado* abordará textos clásicos de la academia legal de los Estados Unidos sobre la "dificultad contramayoritaria", una de las cuestiones que más reflexión han generado en la teoría constitucional contemporánea. En ocho sesiones, recorreremos trabajos pioneros que, desde la teoría y el análisis legal, empujaron la discusión hacia adelante. Estos trabajos coinciden, en general, en una pregunta esencial que aún no tiene una respuesta definitiva: ¿cómo podemos compatibilizar el control judicial de constitucionalidad con un sistema democrático que asume que *aquí, gobierna el pueblo*? ¿Por qué las decisiones más importantes que debe enfrentar una comunidad política democrática deben delegarse a un conjunto de jueces no elegidos directamente por los ciudadanos? Los textos y autores que leeremos procuraron dar distintas respuestas--- justificatorias o condenatorias de la práctica---a estas preguntas. Los textos serán abordados *cronológicamente*, lo que implica realizar una lectura históricamente situada de los mismos. Trabajaremos bajo la hipótesis de que la academia legal busca influir en los criterios y las reglas del "campo" jurídico para que el mismo se relacione de una manera determinada--- desde la resistencia al acompañamiento---con el campo de "la política". Procuraremos extraer de esta lectura algunas lecciones para nuestro contexto constitucional actual.

2. Modalidad

Se utiliza una modalidad de estilo "seminario". Ello significa que es **obligatorio** que los alumnos lean los materiales **antes** de cada sesión. La discusión comienza asumiendo que los textos han sido leídos y se espera una participación activa de los alumnos y alumnas.



3. Evaluación

Este Taller no tiene un sistema de evaluación --- los certificados se emiten a quienes hayan participado de un mínimo de seis encuentros. Sin embargo, si algún alumno o alumna desea escribir un trabajo breve relacionado con el contenido de la materia puede hacerlo, bajo la dirección del profesor.

4. Sesiones

1. 1. James Thayer y el origen del minimalismo

Esta clase abordará el clásico texto de James B. Thayer que planteó, en 1893, los problemas democráticos del control judicial de constitucionalidad como inherentes al "experimento norteamericano". El texto fue publicado en el marco de intervenciones judiciales que, de manera creciente, consideraban que medidas legislativas tendientes a mitigar los efectos negativos de la Revolución Industrial eran "inconstitucionales" por violar la libertad contractual. Así, acciones legislativas como p.ej., la limitación de la jornada laboral a diez horas, eran consideradas inconstitucionales por jueces que leían en la Constitución de los Estados Unidos una doctrina económica determinada. Estamos ante la antesala de la llamada "era Lochner", como se conoce a esa etapa de activismo conservador de la Suprema Corte de los Estados Unidos. Thayer vio un problema y ofreció una solución.

- Thayer, J. B. (2018 [1893]). *Origen y alcance de la doctrina estadounidense del derecho constitucional*. *Derechos en Acción*, 6(6). <https://doi.org/10.24215/25251678e120>

2. 2. El debate Hand-Rostow y la era del control judicial "progresista"

En esta clase abordaremos un debate que se produjo entre el juez Learned Hand y el decano de la escuela de leyes de Yale, Eugene Rostow. Lo haremos a través de un artículo de éste último publicado en 1952, en el que se rescatan todas las objeciones realizadas al "control judicial de constitucionalidad" hasta el momento y se ensaya una defensa del mismo que descansa---en parte---en un cambio en la agenda del tribunal. En efecto, luego de la tensión entre la Suprema Corte conservadora y el gobierno de Franklin D. Roosevelt (que incluyó una amenaza de limitar el poder de acción del tribunal) y a partir del caso *Carolene Products* (1937), el tribunal pasó a abandonar la defensa de la "libertad económica" que vimos en la sesión anterior y pasó a enfocar su atención en las "libertades civiles". Fue el fin de la "era Lochner". A partir del caso *Brown v. Board of Education* (1954), que ordenó "desegregar" las escuelas públicas de Alabama, el control judicial de constitucionalidad tendría nuevos defensores, esta vez "progresistas". Rostow sería uno de ellos.

- Rostow, E. (2007 [1952]). *El Caracter Democrático del Control Judicial de la Constitucionalidad*. *Derecho Público*, 1(16), 87–116. <https://doi.org/10.11117/22361766.16.01.04>



3. 3. Los principios neutrales de Herbert Wechsler y las virtudes pasivas de Alexander Bickel

Brown v. Board of Education representó un cambio radical en relación al posicionamiento político-ideológico ante la Corte Suprema. Lo que era una institución esencialmente conservadora se presentaba, en las décadas de 1950 y 1960, como punta de lanza en la lucha por los derechos civiles. Quienes en la década de 1930 criticaban a la Corte por conservadora ahora podían defenderla por progresista. ¿Pero lo podrían hacer de manera consistente? El profesor de derecho de la Universidad de Columbia, Herbert Wechsler, reconocía que *Brown* era posiblemente la sentencia con más posibilidades de realizar "una contribución duradera a la calidad de nuestra sociedad". Sin embargo, veía un problema en el método interpretativo utilizado por la Corte --- consideraba que no era sostenible jurídicamente. Por otro lado, Alexander Bickel reflexionaría en torno a la acción "política" de la Corte y cómo esta puede relacionarse a "lo jurídico" de un modo virtuoso. Al desarrollar la cuestión de la "dificultad contramayoritaria", Bickel abordaría un tema clásico a través de una aproximación novedosa---la de las "virtudes pasivas"---según la cual la Corte debe resolver con *principios* en un puñado de casos, y debe *evitar decidir* en muchos otros.

- Wechsler, H. (2007 [1959]). *En pos de los principios neutrales en el derecho constitucional*. ReDCE, Julio-Diciembre(4), 551–575.
- Bickel, A. M. (1986). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (2nd edition). New Haven: Yale University Press.
- Arbós, X. (1995). *De Wechsler a Bickel. Un episodio de la doctrina constitucional norteamericana*. Revista Española de Derecho Constitucional, 15(44), 263–298.

4. 4. John Hart Ely y el control judicial del proceso político

En 1973, la Suprema Corte de Estados Unidos resolvió el caso *Roe v. Wade* con base en una lectura creativa de la Constitución, que encontraba en ella un derecho "implícito" a la privacidad. Esta lectura preocupó a lectores progresistas, que---una vez más---veían a la Corte tomando una dirección sustantivamente correcta pero procedimentalmente peligrosa, similar a la que una Corte conservadora había tomado en la era *Lochner* y que había servido para limitar lecturas progresistas. En ese contexto, el profesor de Harvard John Hart Ely publicó *Democracy and Distrust* (1980), donde argumentó a favor de un control judicial alejado de cuestiones sustantivas---como la decidida en *Roe*---y más concentrado en el rol de "monitorear" el proceso político.

- Ely, J. H. (1997 [1980]). *Democracia y desconfianza: Una teoría del control judicial*. Santa Fé de Bogotá: Silgo del Hombre.

5. 5. Cover y la "autonomía radical del significado jurídico"

En esta clase abordaremos el texto que menos sigue la línea de los anteriores. Se trata de *Nomos y Narrativa*, del profesor de la Universidad de Yale Robert Cover, publicado en 1983 como el "Foreword" a la Harvard Law Review. En este texto, Cover argumenta a favor de la "autonomía radical del significado jurídico", con base en un análisis de jurisprudencia (en



ese entonces) reciente. Este análisis sostiene que todos los ciudadanos de una comunidad democrática pueden interpretar al derecho y disputar su significado. Así, Cover da cuenta del fenómeno de los "movimientos sociales" que desde el fin de la Segunda Guerra Mundial habían modificado de manera radical el mapa político de los Estados Unidos. *Nomos y Narrativa* representa un paso esencial para entender cómo la "dificultad contramayoritaria" será revisitada en el cambio de siglo por una academia progresista desconfiada del rol de los jueces en el "cambio social".

- Cover, R. (2002 [1983]). *Derecho, narración y violencia*. Barcelona, España: Editorial Gedisa.

6. 6. Una Corte nuevamente conservadora y la reacción: originalismo y constitucionalismo popular

Hacia fines de los años setenta pero---especialmente---durante los años 80, una reacción "conservadora" al progresismo de los años 60 había solidificado su control sobre las estructuras del gobierno federal. En particular, activistas conservadores habían lanzado una campaña exitosa destinada a promover jueces con una determinada "filosofía" de la interpretación constitucional ("constructivistas estrictos"). Lo habían logrado al convertir a esta cuestión en un punto central de la agenda del partido Republicano. En ese contexto, durante la década de 1980 el "originalismo" se presentó como una metodología de interpretación respetuosa del equilibrio deseado entre *constitución* y *democracia* y que logró cierta preeminencia en el constitucionalismo contemporáneo de Estados Unidos. A la vez, esta filosofía parecía arrojar---sistemáticamente---resultados conservadores. Por otro lado, ante el creciente conservadurismo de los tribunales, un conjunto de académicos "progresistas" relanzó la crítica contramayoritaria al control judicial de constitucionalidad (el constitucionalismo "popular" de Larry Kramer).

- Kramer, L. (2011) *Constitucionalismo popular, circa 2004*. En *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad* (1st ed.). Madrid, España: Marcial Pons., 15-20; 279-308.
- Scalia, A., & Gutmann, A. (1997). *A matter of interpretation: federal courts and the law: an essay*. Princeton, N.J: Princeton University Press, 3-47.

7. 7. El constitucionalismo democrático de Reva Siegel y Robert Post

En diálogo con el constitucionalismo "popular" de Larry Kramer, los profesores de Yale Reva Siegel y Robert Post ensayaron una réplica que, sin rechazar la *sensibilidad* democrática que inspiraba a Kramer, encontraba un lugar para el control judicial de constitucionalidad en una democracia moderna. Con base en estudios empíricos de movimientos sociales---desarrollados, especialmente, por Siegel---estos autores desarrollaron una teoría distinta, que ve en las dinámicas de disputa sobre el significado jurídico una parte de las prácticas que hacen a las democracias modernas, pluralistas y cruzadas por el fenómeno del desacuerdo.



- Siegel, R., & Post, R. (2013). *Constitucionalismo popular, departamentalismo y supremacía judicial*. En *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo* (1st ed.). Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI.

8. 8. Conclusiones: la cuestión contramayoritaria y el derecho---y las prácticas---de la Argentina

La última sesión busca reflexionar sobre los efectos de esta discusión en nuestro país y señalar formas en que la "cuestión contramayoritaria" fue abordada en otras latitudes. Así, por caso, en Europa y en muchos países de América Latina el *neoconstitucionalismo* parece haber tomado, y desechado, las preocupaciones planteadas por la academia de Estados Unidos (por buenas y malas razones). A partir de algunas lecturas de sentencias de la Corte Suprema argentina y autores locales buscaremos ver de qué forma la tensión entre *constitucionalismo* y *democracia* es tratada por nuestros tribunales y la academia jurídica local. La lectura de estos materiales debe hacerse "en diagonal", ya que el objetivo es tenerlos presentes para discutir en clase.

- Pérez, F.S. (1962) *La Constitución Nacional y la Corte Suprema*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Amauta, 37-64.
- CSJN. *Sejean, Juan Bautista c/ Ana María Zaks de Sejean*, 308 Fallos 2268 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 1986).
- CSJN. *Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Estado Nacional s/ amparo*, 313 Fallos 1513 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 1990).
- Sagüés, N. P. (2004). *Interpretación constitucional y alquimia constitucional (El arsenal argumentativo de los tribunales supremos)*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, (1), 151-170.
- Gargarella, R. (2007). *De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional*. Jurisprudencia Argentina, 2(II), 3-10.
- CSJN. *Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/ recurso extraordinario* (Corte Suprema de Justicia de la Nación 5 de marzo de 2017).
- CSJN. *Recurso de hecho deducido por Batalla, Rufino en la causa Hidalgo Garzón, Carlos del Señor y otros s/ inf. art. 144 bis inc. 1 —último párrafo— según ley 14.616*, Fallos (Corte Suprema de Justicia de la Nación 2018).
- Gargarella, R. (2013). *El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos*. Revista Argentina de Teoría Jurídica, 14 (Diciembre), 1-32.

5. Notas

- La última clase es sin dudas la más compleja. Las lecturas buscan sostener los siguientes puntos:
 - Hay razones para creer que la Corte Suprema vio el problema de Lochner y optó por deferir en materia económica. En la misma época (1960s) hay un atisbo de



defensa de libertades civiles en un puñado de casos, pero esta acción de la CSJN se ve obviamente limitada por los problemas institucionales.

- La transición a la democracia en la década de 1980 va a ofrecernos una Corte Suprema más progresista (caso Sejeán, donde se pone de presente el rol de "defensa de los derechos civiles"; ver también Bazterrica). Sin embargo, ante una crisis económica, una Corte "manoseada" va a darnos *Peralta*, que es la ratificación de (a) la deferencia de la era post-Lochner que señalaba Pérez en 1962 pero también (b) la deferencia hacia el presidente y la exacerbación del hiperpresidencialismo.
- La década de 1990 y los 2000 van a ofrecer dos líneas jurisprudenciales que se pueden mirar bajo la luz de la discusión que vimos.
 - Fayt / Schiffrin. Estos dos fallos tratan sobre una cuestión central: las condiciones de legitimidad del cambio constitucional. Detrás se esconde la cuestión de la *soberanía popular* y la pregunta del "quién" debe interpretar la Constitución. En particular, estos casos ofrecen buenas reflexiones en torno a la fuente de legitimidad del poder en una sociedad democrática y---al tratarse de casos judiciales---discuten de manera indirecta la misma legitimidad del poder que se ejerce.
 - Muiña / Bignone. Estos casos muestran a una Corte que aborda una cuestión vinculada a la transición democrática y al "consenso" supuestamente alcanzado en torno a los derechos humanos. ¿Hay aquí una interpretación "social" de la Constitución? ¿Es esa lectura posible--incluyendo cierto "departamentalismo" en la "ley interpretativa" del Congreso de la Nación---o es leer demasiado en lo que efectivamente pasa? ¿Cuál es el equilibrio adecuado entre la *interpretación técnica* del derecho y la dimensión "política" del derecho constitucional?
- Finalmente, se agrega un texto de Gargarella que ofrece una posible salida a la "dificultad contramayoritaria": el constitucionalismo "dialógico". Hay allí también reflexiones vinculadas a los ejes centrales del debate que ocupó gran parte de este TEP.