

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

BARRY FRIEDMAN, *The Will of The People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2009, 614 pp.

Por ROBERTO NIEMBRO ORTEGA*

Si tengo que calificar de alguna manera el libro que en esta ocasión nos ocupa, esa es, sin duda alguna, la de un trabajo serio, exhaustivo e interesante. Después de quince años de investigación, Barry Friedman nos presenta un detallado recorrido de la *judicial review* en Norteamérica. Según el relato del propio autor, el objetivo inicial de su investigación era proponer un uso adecuado del poder de revisión constitucional, sin embargo, no llegó a hacerlo. En efecto, según nos dice, consideró que no podía llevar a cabo esa tarea sin entender cuándo y por qué los americanos y, particularmente, los académicos se obsesionaron con la idea de que el control judicial de las leyes estaba necesariamente enfrentando a la voluntad de la mayoría.

Para el autor, la idea de una Corte contra-mayoritaria en los Estados Unidos es una exageración, pues ésta siempre ha reflejado la opinión de la mayoría, por lo menos, con el paso del tiempo. Por uno u otro medio, nos dice Friedman, la visión mayoritaria ha logrado prevalecer. De hecho, el papel que los jueces constitucionales tienen dentro del sistema es aquél que el pueblo les ha permitido jugar. De ahí que sea un error considerar que los jueces han quitado la Constitución de las manos de la ciudadanía.

Para Friedman, si algo de nuevo tiene

la crítica actual a la *judicial review* es que proviene desde ambos extremos ideológicos y que está enfocada a cómo los jueces tienen, no la última, sino la única palabra. Según el profesor de la Universidad de Nueva York, el control judicial sería problemático en la medida en que los jueces interpretan la Constitución y sus decisiones parecen ser finales. A fin de cuentas la lucha por el sentido de la Constitución es una lucha por quienes serán los jueces que lo definan.

Para el autor, si bien el aumento del poder de la Corte a lo largo del tiempo es innegable, esto ha sido aceptado por el propio pueblo norteamericano a través de un proceso de prueba y error. Así lo pretende demostrar a través de diez documentados capítulos, en los que estudia con todo detenimiento la relación entre la voluntad del pueblo y el ejercicio del control constitucional. Esta es la historia, según Friedman, de cómo el pueblo americano logró resolver la tensión entre democracia y Constitución.

Según su punto de vista, la relación entre el pueblo y los jueces puede dividirse en cuatro períodos. En el primer período, que va desde la independencia a los primeros años de 1800's, hay una rápida aceptación del control judicial seguida por diversas amenazas a su independencia. El segundo período, que comprende desde la

* Becario del Servicio de Doctrina del Tribunal Constitucional español y Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Constitucional por la Universidad Complutense de Madrid.

Guerra de 1812 hasta «la crisis de la nulificación» de 1832-33 estuvo caracterizada por un desafío a la institución judicial. Por su parte, en el tercer período, que inicia con la superación de esta crisis y dura hasta la muy conocida controversia del *New Deal*, fue cuando la Corte entendió la importancia de tener algún tipo de base popular para sostener su poder. En esa época los jueces lograron fortalecer su posición gracias a la protección que le brindaron a las empresas y a los intereses comerciales. Finalmente, la era moderna comienza con la lucha entre la Corte y el presidente Roosevelt que pretendió aumentar el número de jueces con el fin de obtener una configuración afín. Según el autor, si bien en este período –que dura hasta nuestros días– los jueces han ejercido un mayor poder, eso se debe a una concesión del propio pueblo.

Ahora bien, si el control judicial es un mero reflejo de la opinión mayoritaria ¿cuál sería entonces su función? Friedman responde «los jueces sirven para catalizar el debate público sobre los problemas fundamentales a los que se enfrenta una sociedad. Los jueces fuerzan a la sociedad a encontrar respuestas, soluciones y en algunos casos compromisos que obtengan un respaldo duradero. Y sólo cuando esto sucede, es que la Corte tiende a alinearse con la opinión pública».

Comenzado por el primer período, el autor nos explica cómo para los revolucionarios de 1776 era impensable que fueran los jueces los encargados de interpretar la Constitución. Ahora bien, esto habría de cambiar en los años inmediatos. En efecto, una vez terminada la revolución e instaurados los gobiernos de los Estados confederados, algunos connotados miembros de la sociedad empezaron a preocuparse por las leyes emitidas por los congresos estatales. Esta situación hizo que los jueces las declararan inválidas en casos como *Bayar v. Singleton*, *Trevett v. Weeden* y *Kamper v. Hawkins*, decisiones que no dejaron de causar reacciones adversas. Sin embargo, con vistas en la

necesidad de asegurar que los Estados no se separaran del gobierno nacional, en la convención constituyente de 1787 se estableció la obligación de los jueces estatales de verificar la compatibilidad de las leyes estatales con las federales, incluyendo la Constitución. En otras palabras, la *judicial review* de las leyes estatales se instauró como un medio para que los Estados recalcitrantes cumplieran con las leyes de la Unión, en contraste al silencio absoluto sobre el control de las leyes del Congreso federal. De esta forma y con posterioridad a la ratificación, la práctica del control judicial tanto por cortes federales como locales se aceleró. Así, la revisión judicial tendría un fuerte comienzo aunque el número de veces que se ejerció fuera menor.

Ahora bien, de acuerdo con Friedman, la suerte del Poder Judicial cambiaría dramáticamente a principios de 1800's con el triunfo de los republicanos. Así, los antiguos defensores de la *judicial review* pasaron a ser sus detractores. Ese fue el caso de Jefferson, que una vez nombrado Presidente fue el principal promotor de los ataques del Congreso hacia el Poder Judicial. Para los republicanos, las maniobras de los federalistas sobre la judicatura eran una forma intransigente de no aceptar el veredicto de las elecciones. El conflicto entre un Congreso republicano y un Poder Judicial federalista, se centraría en la independencia judicial. Según los federalistas, el control constitucional de las leyes no podía ser confiado a jueces que no fueran independientes. Es decir, la razón principal para proteger la independencia judicial era precisamente el poder para controlar la constitucionalidad de las leyes. Por contra, los republicanos que sostenían una visión departamentalista –según la cual todas las ramas de gobierno podían sostener su visión constitucional–, se enfocaron en la falta de responsabilidad democrática de los jueces.

Una primera aproximación a la solución del problema entre federalistas y republicanos se dio con la decisión del caso

Marbury v. Madison. Con esta resolución, al mismo tiempo que se reconoció un poder extraordinario de la judicatura para hacer valer los principios constitucionales, se evadió requerir a Madison cualquier acto que pudiera significar reconocer la autoridad de la Corte. Como se sabe, el hoy famoso caso, si bien aceptó el derecho del peticionante, declaró la inconstitucionalidad de la ley por la que se otorgaba jurisdicción a la Corte para conocer del asunto, desestimando entonces la petición y evitando cualquier enfrentamiento con el gobierno. Sin embargo, la lucha por la independencia judicial no terminó ahí. Después de *Marbury* se produjo el conocido juicio político al *Justice Samuel Chase* por parte de los republicanos. De este asunto, del que inexplicablemente Chase salió absuelto, Friedman rescata dos lecciones: los jueces no podrían utilizar más sus puestos para hacer política y, como recompensa, el Congreso daría a los jueces cierta independencia. Así se zanjó el conflicto entre federalistas y republicanos sobre la independencia judicial.

Claro está que independencia no es lo mismo que poder. En efecto, en el segundo período al que se refiere Friedman, la autoridad de los jueces no dejó de ser cuestionada. Así sucedió en el conflicto sobre las tribus de Cherokee que, ante la amenaza de ser desalojadas por el gobierno de Georgia, buscaron protección ante la Corte. En esa ocasión, ésta encontró Estados que desafiaban no sólo su autoridad sino la de la Unión en su conjunto: al punto que ciertos Estados llegaron a afirmar su poder para anular leyes federales y promovieron una reforma de la jurisdicción de la Corte, que le impedía revisar las resoluciones de las cortes estatales. Este episodio se conoce como la crisis de la anulación de 1832-33. Lo que precipitó esta crisis fue que las decisiones judiciales de la Corte estaban fortaleciendo al poder nacional. En esa línea tuvo especial relevancia el caso *McCulloch v. Maryland* que permitió al Congreso ejercer un am-

plio abanico de poderes implícitos. En el fondo, la idea de los Estados era que ningún órgano del gobierno nacional fuera capaz de decidir sobre las disputas de poder entre los Estados y la federación. En esos casos, a su criterio, la solución debía darse a través de una reforma constitucional y no por medio de los jueces de la Corte.

Para el autor en suma, lo que distinguió este período de la historia de la Corte no fue que sufriera sucesivos ataques, sino la negativa de los Estados a reconocer su autoridad y la falta de cumplimiento de sus decisiones. De esta forma, el apoyo del Presidente se volvió determinante para el cumplimiento de sus determinaciones.

Una vez superada esa etapa e inmersos en la tercera fase a la que se refiere el autor, el debate se enfocó en cómo controlar a los jueces. Las formas en que se intentó hacerlo fueron desde limitar su jurisdicción, hasta aumentar el número de integrantes de la Corte. De este lapso debe resaltarse el muy conocido caso *Dred Scott*. En un país dividido por el tema de la esclavitud, la Corte apareció ante los políticos como el medio ideal para resolver sus desacuerdos. Sin embargo, su decisión no fue más que una bomba, ya que dispuso que las personas de color no podían ser ciudadanos de los Estados Unidos. Como a esta altura un reto frontal a las decisiones de la Corte era inaceptable, se realizó el ataque a su interpretación constitucional a través de evasiones y legalismos. Finalmente, el diferendo de la esclavitud tuvo que ser resuelto a través de las Décimo tercera y Décimo cuarta Enmiendas, no sin antes pasar por una Guerra Civil.

Durante el período de reconstrucción, el Congreso modificó la jurisdicción de la Corte como reacción a la declaración de inconstitucionalidad de los tribunales militares en el caso *Milligan* y al intento de revertir el arresto en el caso *McCardle*, opositor de la reconstrucción. Incluso, nos dice Friedman, se llegó a presentar una iniciativa requiriendo que las declara-

ciones de inconstitucionalidad fueran aprobadas por dos terceras partes de los miembros del Tribunal. Asimismo, durante este período, al menos tres veces se alteró el número de integrantes de la Corte para asegurar una mayoría acorde con el Congreso. En la lectura del autor, todas estas medidas sirvieron para demostrar a la Corte lo que sí y lo que no podía hacer.

Sería hasta la generación posterior a la Guerra Civil cuándo la Corte obtuviera un importante crecimiento y eso gracias a que supo encontrar una base de apoyo en aquellos que tenían el poder: las corporaciones. A los intereses monetarios lo que les interesaba era un buen ambiente para hacer negocios y eso incluía tribunales que les favorecieran, lo que supo darles el Poder Judicial Federal. Aunque ese beneplácito lo consiguieron interviniendo en el nombramiento de jueces.

El aumento de poder de la Corte duró hasta que se vio involucrada en el conflicto entre capital y trabajo de la era populista-progresista. Si por algo es conocido Teodoro Roosevelt en la historia del constitucionalismo norteamericano, es por su enfrentamiento con la Corte que declaró la inconstitucionalidad de leyes a favor de las clases más desprotegidas. Entre las decisiones judiciales más destacadas de este tiempo está *Lochner*, en la que se invalidó una ley de Nueva York que limitaba el trabajo de los panaderos a diez horas por día. Sin duda alguna, la Corte jugó para el lado de los conservadores, que sin importar las protestas y el grave descontento social, siguió su camino en contra de la legislación. Los ataques al Poder Judicial durante este período, nos dice Friedman, fueron sorprendentes.

La primera propuesta de Roosevelt para enfrentar a la Corte fue la posibilidad de que el pueblo pudiera reconsiderar las decisiones de los jueces que declararían la inconstitucionalidad de una ley. Sin embargo, la falta de acuerdo entre los progresistas impidió que se tomara alguna medida, más allá de que coincidieran en la necesidad de hacer algo. En este

contexto surgen teorías como las del profesor Thayer, quien postuló que la inconstitucionalidad de una ley sólo podría ser declarada cuando el error de los legisladores fuera tan claro que no hubiera lugar a dudas, o las del realismo jurídico que exigía de los jueces una mayor atención a la realidad.

Para 1937, después de algunos años de obstáculos judiciales para poder controlar la economía y de reversiones de medidas progresistas, Roosevelt lanzó un fuerte ataque en contra de la Corte. Con el apoyo popular a su favor, ratificado en la elección de 1934, propuso agregar seis *justices* a la configuración de la Corte. Bastó la amenaza para que la Corte sin más retrocediera. Para Friedman, este capítulo nos enseña el poder que tiene la Corte para alterar el significado de la Constitución, siempre y cuando sea acorde con el sentir popular dominante. La idea de la «Constitución viviente» se impuso y con ella el deber de los jueces de ajustar el texto al correr de los tiempos.

Por lo que toca a la modernidad (cuarto período), el autor se centra en la famosa Corte *Warren*, en la que las minorías y los relegados del proceso político encontraron la protección que buscaban. Para Friedman, lo que esta etapa nos enseña no es cómo los tribunales pueden llevar a cabo revoluciones sociales, sino cuáles son los límites inherentes cuándo intentan hacerlo: la medida del apoyo popular. La Corte *Warren* es mundialmente conocida por su agenda pro-derechos y libertades, así como por su marcado activismo progresista. De ahí, la necesidad que tuvo la misma de generar una teoría que justificara su actuación. En este aspecto destaca la nota al pie número cuatro de *Carolene Products*.

El caso paradigmático aquí fue *Brown v. Board of Education*. En este se declaró que la segregación racial en las escuelas era violatorio de la Constitución, revocando la doctrina establecida en *Plessy v. Ferguson* de «separados pero iguales». *Brown* se decidió por unanimidad, aunque

por una mera coyuntura política: la muerte del *Chief Justice* Vinson y su sustitución por Earl Warren, que una vez dentro de la Corte aseguró la mayoría y finalmente logró la unanimidad. En un principio, la decisión fue recibida sin mayor oposición, sin embargo, esta situación cambió cuando la Corte ordenó llevar a cabo la desegregación racial «a la mayor brevedad posible». Así se enfrentó a una resistencia masiva, que incluyó que algunos estados del sur aprobaran leyes prosegregación. En este contexto y con el apoyo del presidente Eisenhower, aprovechando el caso *Cooper v. Aaron* la Corte Warren hizo la declaración más fuerte de supremacía judicial de la historia del constitucionalismo norteamericano.

Pero no siempre la Corte contó con el apoyo suficiente. Por caso y en esta misma etapa, resultan fundamentales los asuntos de protección a los «comunistas». En estos casos, la reacción contra la Corte no se hizo esperar. El Congreso buscó modificar sus competencias y la comunidad jurídica hizo un fuerte ataque, obligando a la Corte a retractarse. Sin embargo, el activismo de Warren y sus compañeros no quedó ahí, generando importantes críticas por su carácter no democrático. La obra que refleja esa crítica por excelencia es la de Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch*, en la que acuñó la famosa frase del carácter contramayoritario de la justicia constitucional.

Con el arribo de Nixon al poder y de Warren Burger a la Corte, las cosas empezaban a cambiar. El originalismo como una forma distinta de interpretar la Constitución cobró toda su fuerza. Por contra, los liberales volvieron a utilizar la metáfora de la «Constitución viviente» o emprendieron la lectura moral de la Constitución. Una de las sorpresas de esta nueva Corte fue la declaración de inconstitucionalidad de la pena de muerte en el caso *Furman v. Georgia*, que posteriormente fue revertida. Aunque de mayor importancia, resultó ser el caso *Roe v. Wade* por el que se constitucionalizó un derecho al aborto.

Como reacción, los conservadores buscaron apoderarse de la Corte a través del nombramiento de los jueces. La nominación como *justice* de Robert Bork por Ronald Reagan y su sucesivo rechazo por el Senado, fue sólo el primer intento. Después vendría el nombramiento de Anthony Kennedy.

El libro termina con la Corte *Rehnquist*, que ha sido descrita como una de las más activistas de la historia norteamericana. Esta Corte se pronunció sobre temas como el federalismo, derechos de los homosexuales, aborto y acciones afirmativas. Sin duda, el caso más importante que resolvió fue la elección presidencial del año 2000, en la que resultó ganador el republicano George W. Bush. Las críticas a su activismo provinieron desde ambos espectros ideológicos, principalmente, por su tendencia a la supremacía judicial. Sin embargo, nos dice Friedman, en los temas más complicados que tuvo la Corte ante sí, contó con el apoyo popular.

Para nuestro autor, los casi veinte años en que Rehnquist estuvo al frente de los *justices* pueden dividirse en tres etapas. En la primera, su actuación puede ser calificada como moderada. Así, por ejemplo, dio una vuelta a la derecha en materia de acciones afirmativas, pero de una manera cautelosa. Además, en el caso del aborto, si bien no revirtió *Roe*, en *Planned Parenthood v. Casey* hizo alguna matización. En la segunda etapa, se llevó a cabo la llamada «revolución conservadora del federalismo», destacado es el caso *United States v. Lopez*. Finalmente en su tercer ciclo, la Corte parece haber girado hacia la izquierda, revirtiendo algunos elementos de la «guerra contra el terrorismo» o favoreciendo los derechos de los homosexuales en *Lawrence v. Texas*.

Después de este largo recorrido sobre la historia del control judicial en los Estados Unidos, Friedman nos deja su conclusión. Ningún cambio en la interpretación de la Constitución puede durar si no tiene la bendición de los americanos. Es a

ellos y sólo a ellos, a quienes corresponde definir lo que la Constitución significa. Desde esta perspectiva, la función de la justicia constitucional es servir como catalizador del diálogo sobre los valores

más profundos, forzando a la ciudadanía a interpretar la Constitución. Para Friedman, a fin de cuentas somos *nosotros* quienes en última instancia damos sentido a la Constitución.