



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

REVISTA DEL CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Año VI. Núm. 11
julio-diciembre 2020
ISSN: 2448-6965

Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación

R4546CECSCJN

Revista del Centro de Estudios Constitucionales / nota editorial Ana María Ibarra Olguín ; presentación Ministro Arturo Zaldívar. -- Año 6, número 11 julio-diciembre 2020. -- Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020-.

1 recurso en línea (volúmenes ; 24 cm.)

Semestral

Material disponible solamente en PDF.

ISSN 2448-6965

1. Derecho constitucional – Doctrina – Publicaciones periódicas – México 2. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación – Estudio de casos 3. Administración de justicia 4. Normas constitucionales 5. Tribunal constitucional 6. Cultura jurídica I. Ibarra Olguín, María II. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de prólogo III. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales LC KGF2921

REVISTA DEL CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, Año VI, Núm. 11, julio-diciembre 2020, es una publicación semestral editada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Avenida José María Pino Suárez núm. 2, Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc, C.P. 06060, Tel. 4113-1000, www.scjn.gob.mx. Certificado de Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2015-092411204900-102. ISSN: 2448-6965; otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Certificado de Licitud de Título en trámite. Certificado de Licitud de Contenido en trámite.

El contenido de los documentos que conforman esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron al cuidado de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.



REVISTA DEL CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Año VI. Núm. 11
julio-diciembre 2020

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Arturo Zaldívar
Presidente

Primera Sala

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá
Presidente

Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministra Norma Lucía Piña Hernández
Ministra Ana Margarita Ríos-Farjat

Segunda Sala

Ministro Javier Laynez Potisek
Presidente

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministra Yasmín Esquivel Mossa
Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministro Alberto Pérez Dayán

Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Ana María Ibarra Olguín
Directora General

**Directorio editorial de la
Revista del Centro de Estudios Constitucionales**

Ana María Ibarra Olguín

Directora de la Revista

Alejandra Martínez Verástegui

Coordinadora editorial de la Revista

Guadalupe Ramírez Reséndiz

Grizel Robles Cárdenas

Asistentes editoriales

Consejo editorial académico

Bruce Ackerman (Universidad de Yale, Estados Unidos), Amalia Amaya (IIF-UNAM, México), Arturo Bárcena Zubieta (SCJN, México), Carlos Bernal Pulido (Corte Constitucional de Colombia), Jorge Arturo Cerdio Herrán (ITAM, México), Laura Clérico (Universidad de Buenos Aires, Argentina), Juan Antonio Cruz Parcero (UNAM, México), Luis María Díez-Picazo Giménez (Tribunal Supremo de España), Jordi Ferrer Beltrán (Universidad de Girona, España), Eduardo Ferrer Mac-Gregor (UNAM, México), Víctor Ferreres Comella (Universidad Pompeu Fabra, España), Marina Gascón Abellán (Universidad de Castilla-La Mancha, España), Juan Luis González Alcántara Carrancá (SCJN, México), Carlos Lema Añón (Universidad Carlos III de Madrid, España), Gloria Patricia Lopera Mesa (Universidad de Florida, Estados Unidos), Luis López Guerra (Universidad Carlos III de Madrid, España), Ana Laura Magaloni Kerpel (CIDE, México), Mariela Morales Antoniazzi (Instituto Max Planck, Alemania), Roberto Saba (Universidad de Palermo, Italia), Pedro Salazar Ugarte (UNAM, México), Frederick Schauer (Universidad de Virginia, Estados Unidos), Rodrigo Uprimny Yepes (DeJusticia, Colombia), Armin von Bogdandy (Instituto Max Planck, Alemania), Arturo Zaldívar (SCJN, México).

CONTENIDO

Nota editorial	IX
Presentación	XV

Pensamiento Constitucional

<i>Elegir remedios constitucionales</i> Eric S. Fish	3
---	---

<i>Mill, acerca de la libertad de expresión</i> Owen Fiss	95
--	----

<i>Penas (in)constitucionales: silos de la Octava Enmienda, fines penológicos y "ruina" de las personas</i> Judith Resnik	109
--	-----

<i>Imposición cultural, la búsqueda de denominadores comunes y la "misión comparatista" de las revistas de derecho constitucional</i> Lucio Pegoraro	183
---	-----

Trayectorias Constitucionales

*Algunas consideraciones de principio
sobre la independencia judicial
en el derecho de la Unión Europea*
Juan Luis Requejo Pagés 219

*Reflexiones constitucionales
(españolas y europeas)
a propósito de la pandemia*
Miguel Revenga Sánchez
y José Joaquín Fernández Alles 241

*Crítica al derecho premial
en los delitos de corrupción.
México en perspectiva comparada*
Fabiola Navarro Luna 283

Reseña

Referencia para un marco teórico de actualidad
Reseña de la obra Celano,
Bruno (Palestra, 2019),
Los derechos en el Estado constitucional
Oscar Guillermo Barreto Nova 327

NOTA EDITORIAL

La Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación llega a su decimoprimer número con la misma satisfacción de presentar al lector un trabajo de gran rigor académico. En esta nueva entrega, se encontrará una serie de artículos relacionados con diversos temas actuales y de gran relevancia, como lo son: interpretación constitucional, libertad de expresión, constitucionalidad de la pena, fundamentos del derecho comparado, independencia judicial, constitucionalidad de las medidas frente al covid-19, sistema penal acusatorio y Estados constitucionales.

Las secciones de *Pensamiento Constitucional* y *Trayectorias Constitucionales* se integran por artículos de los autores Eric S. Fish, Owen Fiss, Judith Resnik, Lucio Pegoraro, Juan Luis Requejo Pagés, Miguel Revenga Sánchez, José Joaquín Fernández Alles, Fabiola Navarro Luna y Oscar Guillermo Barreto Nova. Con este tipo de contenidos la revista invita a la discusión teórica y práctica de la justicia constitucional, y con ello ampliar su entendimiento en los contextos y desafíos actuales.

Empezamos con la sección de *Pensamiento Constitucional* que en esta ocasión está conformada por cinco artículos. El primero, a cargo de Eric S. Fish, trata sobre el análisis de los remedios judiciales a utilizar en casos en los que una disposición viole la Constitución. El autor parte de la distinción entre dos tipos de enfoques doctrinales desarrollados desde la experiencia comparada. El primero, la *restricción editorial*, señala que el juez deberá asumir el menor poder posible respecto de lo legislado. Y el segundo, la *preservación de propósitos*, busca el remedio que genere menos daños a las metas perseguidas por la legislación. Bajo este esquema teórico, distingue que la experiencia estadounidense, cuya tradición está más inclinada a la restricción editorial, descansa sobre falsas distinciones, a menudo incoherentes, de ambos remedios. Por ello, propone que la preservación de propósitos es un enfoque superior y que consecuentemente debería ser adoptado de manera explícita en los Estados Unidos.

Owen Fiss hace una revisión crítica de la obra *Sobre la libertad* de John Stuart Mill. El autor constata que, en la misma, se realiza un reconocimiento de la pluralidad de la condición humana que busca expandir la capacidad de cada individuo para crear una vida distintiva para cada uno. Con estos fines en mente, observa que Mill prevé a la libertad de expresión como el medio necesario para poner a prueba las creencias de uno mismo como parte de la libertad individual. Sólo por medio de una discusión libre y abierta podemos evaluar si nuestros puntos de vista son verdaderos o falsos. No obstante, también distingue que, desde la perspectiva de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, la libertad de expresión tiene un carácter más político que personal.

En el siguiente estudio, Judith Resnik hace un análisis contextualizado sobre el *Caso Timbs vs. Indiana* de la Corte Suprema de Estados Unidos. A la luz de la Octava Enmienda, dicha resolución estableció que la prohibición constitucional de multas excesivas se aplica también a los estados. Como forma de retroalimentación, la autora presenta una serie de elementos jurisprudenciales y sociales para valorar la legitimidad de las decisiones de los gobiernos acerca de la pena; particularmente, en relación con los derechos de las personas encarceladas. Para su estudio, trae a colación diversos casos que sentaron hilos doctrinales, así como

los fundamentos sociales e históricos que suscitaron tales pronunciamientos. Desde este enfoque multidisciplinario va dilucidando los contornos del principio antirruina, el cual considera debe ser nombrado para reflejar y cambiar las prácticas gubernamentales desproporcionadas y las experiencias de este sector de la población.

Esta primera sección finaliza con el texto de Lucio Pegoraro. En su estudio explica las coordenadas que una revista jurídica llamada a desempeñar un papel crítico y propositivo debe seguir. Especialmente, busca apoyar la apertura de las revistas constitucionalistas al verdadero derecho comparado. El autor opina que la ciencia jurídica a menudo se cierra en sí misma dado que proporciona una única receta: el respeto por la dignidad y los derechos humanos. No obstante, Pegoraro considera que si queremos entender el mundo, debemos aceptar que las reglas no son sólo aquellas construidas de acuerdo con nuestros esquemas. Por ello, para hacer derecho comparado es necesario comprender que la palabra "derecho" tiene connotaciones distintas en un ámbito cultural distinto al nuestro. Así, intenta ilustrar que es necesario comparar para encontrar denominadores comunes, sin pretender que sólo los nuestros lo sean.

La segunda sección de la revista, *Trayectorias Constitucionales*, abre con un artículo de Juan Luis Requejo Pagés, en el que explica el principio de independencia judicial en el marco de la Unión Europea. Comienza estudiando el principio de la división de poderes, el cual establece una clara división entre las funciones legislativa, ejecutiva y judicial. No obstante, señala que éste es irrealizable pues ningún Estado moderno podría funcionar si sus poderes se organizaran bajo una separación tan estricta. Por tanto, para su aplicación se busca cierta flexibilidad que requiere la eficacia práctica. Sin perjuicio de ello, el autor sostiene que el principio de independencia judicial no admite excepciones ni matices, pues su flexibilización equivaldría a su ruptura. En cambio, señala que éste es absoluto ya que es consustancial al ejercicio de la función jurisdiccional, sin la cual, sencillamente, no hay jurisdicción. En este tenor, explica la actitud que ha tenido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto de dicho principio, medular para el Estado de derecho.

Enseguida, Miguel Revenga Sánchez y José Joaquín Fernández Alles analizan los principales problemas de constitucionalidad por motivos del covid-19 en Europa. En un primer momento, a la luz de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución española, se estudian los estados de excepción y las medidas que se han implementado en aras de asegurar el derecho a la salud ante la pandemia. Por otro lado, en el ámbito de la constitucionalidad europea, se busca delimitar y aclarar las cuestiones jurídicas relevantes relacionadas con las soluciones que las instituciones europeas han considerado. En esta tesitura, los autores presentan las principales claves jurídicas, políticas y económicas que explican el diálogo entre los distintos tribunales de Europa frente al covid-19.

Para finalizar esta sección, Fabiola Navarro Luna realiza una crítica al diseño y al uso de los criterios de oportunidad, así como al proceso abreviado penal en casos de corrupción de alto impacto en México. Señala que estas herramientas, propias del sistema penal acusatorio, pueden ayudar a mejorar la eficacia del sistema de justicia penal. Sin embargo, advierte que si no son bien reguladas y aplicadas pueden pervertir el sistema y generar impunidad, ampliando la discrecionalidad y la arbitrariedad en el proceso. Para ilustrar esto, la autora analiza el caso mexicano en relación con la experiencia de otros países latinoamericanos. Distingue que en México, el procedimiento abreviado es la única alternativa al juicio oral. Además, no tiene supuestos de procedencia ni de exclusiones, lo que ocasiona que funcione como un procedimiento estándar. La autora advierte que esto tiene como consecuencia que no se logren conciliar estas herramientas con la justificación legal para su uso.

Por último, se encuentra la reseña al libro de Bruno Celano, titulado *Los Derechos en el Estado Constitucional*. En este texto, Óscar Barreto realiza una ordenada explicación de las bondades de la obra. Concluye que en ésta no sólo se ilustran los rasgos esenciales de los derechos en un Estado constitucional, sino que también invita a la reflexión acerca de la problemática de la estructura, así como del lenguaje inherente de los derechos.

Ponemos a su disposición esta obra, tanto en su versión electrónica como impresa, esperando que los temas aquí abordados fomenten la reflexión y la discusión jurídica ante los contextos que se viven en la actualidad.

Ana María Ibarra Olguín
*Directora General del Centro de Estudios Constitucionales
Suprema Corte de Justicia de la Nación*

PRESENTACIÓN

En años recientes los poderes públicos y la ciudadanía han hecho importantes esfuerzos para contar con un Poder Judicial moderno, eficiente y, sobre todo, justo. A pesar de los progresos alcanzados, especialmente en la protección de derechos humanos, los resultados no siempre han sido los esperados y el Poder Judicial enfrenta distintos retos en su funcionamiento de cara a las necesidades de la sociedad a la que sirve.

Por ello, desde la Suprema Corte impulsamos un trabajo histórico de colaboración institucional con los Poderes Legislativo y Ejecutivo, a fin de enfrentar de manera coordinada y efectiva esos desafíos. El resultado de esta labor es la iniciativa de Reforma con y para el Poder Judicial de la Federación, diseñada para obtener resultados tangibles en la calidad de la justicia que impartimos y orientada por el anhelo de una sociedad más justa e igualitaria.

La propuesta de reforma tiene varios ejes fundamentales. Primero, fortalecer el papel de la Suprema Corte como tribunal constitucional a través de una auténtica revolución de nuestro sistema de precedentes, que otorga valor obligatorio a

las consideraciones de las sentencias de la Corte sin necesidad de reiteración y concentra en la jurisdicción de la Corte los asuntos más relevantes en materia constitucional y de derechos humanos. Segundo, robustecer el combate a la corrupción y al nepotismo a fin de elevar a rango de ley políticas que han servido para desarticular redes familiares, y ampliar las herramientas de investigación y sanción de servidores públicos que cometen actos de corrupción.

Tercero, impulsar un nuevo perfil de jueces federales, sustentado en un servicio profesional de carrera orientado por estándares académicos de vanguardia, excelencia, pensamiento crítico y sensibilidad social. Cuarto, transformar a los defensores públicos del Poder Judicial en abogadas y abogados altamente capacitados, capaces de brindar una defensa técnica, sensible y de calidad a las personas en situación de mayor sensibilidad, ampliando además los servicios de representación y asesoría que hoy brinda en materia penal y laboral, a la materia de amparo familiar y a otras que permitan acercar la justicia a la gente.

De manera transversal a la propuesta de reforma, se plasma el compromiso del Poder Judicial con la perspectiva de género y la paridad, para corregir las desigualdades que han frenado la participación de la mujer en los escalones más altos de la carrera judicial, lo que necesariamente prevé garantizar un ambiente laboral libre de acoso y hostigamiento a través de una política implacable de cero tolerancia a toda violencia de género.

La reforma no es un proyecto para los reflectores. Es una propuesta técnica, diseñada a partir de un diagnóstico cuidadoso de las problemáticas del Poder Judicial y dirigida a producir un impacto palpable en materia de justicia constitucional, integridad institucional, acceso a la justicia, igualdad de género y profesionalización judicial. Así, propusimos una transformación meticulosa, pero muy significativa de la justicia federal.

Por ello, más allá del plano institucional, esta transformación debe ser pensada desde la reflexión académica. Sus objetivos, desafíos y consecuencias inauguran avenidas inevitables para la investigación jurídica. Es por esa razón que los

artículos que integran esta edición de la Revista del Centro de Estudios Constitucionales son tan oportunos. La revista es una mirada desde la teoría constitucional, la filosofía política y el análisis dogmático a los retos que enfrentamos y a los retos que vienen. Sirve de punto de partida para la reflexión sobre la situación de la justicia federal en la actualidad; ofrecen categorías apropiadas para entender los problemas jurídicos que enfrentamos, y proporcionan parámetros para evaluar los resultados de esta reforma en los diferentes ejes que la integran.

Los ensayos que integran este volumen de la revista son sólidos individualmente y coherentes en su conjunto. El texto de Eric Fish, que estudia la mejor manera de elegir remedios constitucionales, es especialmente valioso para pensar en la justicia constitucional. Fish propone que, frente a una norma que no viole la Constitución, el juez constitucional debe elegir la solución que implique el menor daño para los propósitos legislativos de la medida impugnada. En su artículo, Judith Resnik llama la atención sobre los retos que enfrenta uno de los grupos más vulnerables de nuestro entramado social: las personas condenadas penalmente y en reclusión, asimismo, explora el reconocimiento judicial de sus derechos y los límites del enjuiciamiento penal. Por su parte, Fabiola Luna desarrolla un argumento crítico sobre los casos de corrupción de alto impacto en México, el proceso abreviado penal y el principio de oportunidad. El texto de Fabiola Luna –particularmente oportuno para la lucha contra la impunidad– subraya los efectos no deseados de las reformas encaminadas a perseguir de manera efectiva la corrupción y garantizar la integridad de las instituciones.

Owen Fiss reconstruye cuidadosamente el argumento de John Stuart Mill sobre la libertad de expresión y el desarrollo pleno de la individualidad, más allá de las ataduras de las reglas sociales y éticas dominantes. A partir de este trabajo, el profesor Fiss redimensiona el valor que existe en la pluralidad de la condición humana, y así, nos ofrece razones de peso para abrazar la diferencia. Finalmente, Revenga y Fernández analizan las implicaciones de las restricciones a los derechos fundamentales en España derivadas de la pandemia por Covid-19. Los autores se ocupan, principalmente, de la activación de los estados de excepción,

también de origen constitucional, y su vínculo con las disposiciones europeas comunitarias sobre estos asuntos.

Estos son sólo algunos de los textos que integran este número de la revista del Centro, y muestran un rasgo común a todos los artículos del volumen: la preocupación por la vigencia, amparo y promoción de los derechos fundamentales, así como las circunstancias, permanentes o contingentes, que conducen a su limitación.

La Suprema Corte cuenta con una doctrina robusta sobre derechos humanos, que se ha traducido en cambios tangibles en la vida de las personas. La Reforma con y para el Poder Judicial de la Federación busca no sólo consolidar, sino potenciar estos avances desde una perspectiva institucional, fortaleciendo funciones que son críticas para este objetivo: justicia constitucional, integridad institucional, profesionalización judicial, defensa legal accesible y efectiva para las personas, y un compromiso irrestricto con la igualdad de género. Sin embargo, el puente entre lo que se ha logrado y lo que se busca requiere, necesariamente, de la mirada rigurosa que ofrece la reflexión académica. Este es precisamente el puente que tiende la revista que tiene en sus manos.

Por todo lo anterior me complace enormemente presentar este número de la Revista del Centro de Estudios Constitucionales y su apuesta por una lectura ponderada de lo que se ha logrado en materia jurisprudencial hasta ahora, así como por el impulso y la tenacidad que requieren las reformas institucionales orientadas a la consolidación de nuestras aspiraciones más profundas de justicia.

Ministro Arturo Zaldívar
*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal*

**PENSAMIENTO
CONSTITUCIONAL**

Elegir remedios constitucionales*

Choosing constitutional remedies

ERIC S. FISH**

Resumen

Cuando un juez encuentra que una disposición jurídica viola la Constitución, la disposición debe ceder; pero en varios casos existe más de una manera en la que un juez puede remediar el conflicto entre la disposición y la Constitución. Para elegir qué remedio aplicar, normalmente no hay una fuente externa al derecho que señale al juez qué debe hacer; los jueces por sí mismos deben decidir cuál es el mejor remedio.

¿Cómo deberían ejercer esta discreción los jueces? En la tradición estadounidense se asume que el juez debería utilizar la moderación (restricción) –tendría que seleccionar el remedio que irrumpa en la disposición lo menos posible–, pero, como muestra el presente artículo, existen dos enfoques enfrentados respecto de la restricción judicial para elegir remedios constitucionales. Una aproximación, que en lo sucesivo denominaré "restricción editorial", señala que el juez debe asumir el menor poder posible respecto

* Texto publicado originalmente como "Choosing constitutional remedies" (Fish, 2016, pp. 322-386). Traducido al español por Piero Mattei-Gentili.

** Candidato a doctor en Derecho por la Yale Law School. En virtud de sus útiles comentarios y retroalimentación a versiones previas de este artículo, el autor desea agradecer a sus compañeros de doctorado, Guido Calabresi, Heather Gerken, Daniel Hemel, Mike Knobler, Robert Leckey, Lisa Manheim, Jon Michaels, Lisa Ouellette, Bradley Smith y Kate Smith.

de la modificación de la legislación. Este enfoque propone una escala móvil de intervenciones judiciales –agregar lenguaje a una disposición es peor que suprimirlo, lo que es peor que eliminar una aplicación, que a su vez es peor que una interpretación evasiva–. El otro enfoque, denominado "preservación de propósitos", busca el remedio que genere menos daño a las metas perseguidas por la legislación, y puede involucrar añadir lenguaje, eliminar lenguaje, abatir una aplicación o adoptar una interpretación evasiva –lo que importa es el efecto sustantivo de la intervención sobre la disposición y el propósito legislativo–. Las dos aproximaciones se manifiestan de manera relativamente pura en las leyes de Inglaterra (que adoptan la restricción editorial) y Canadá (que acoge la preservación de propósitos), mientras que la doctrina estadounidense de los remedios constitucionales es una mezcla no teorizada, heterodoxa y, a menudo, incoherente de ambas.

Este artículo explora varios aspectos diferentes de la doctrina estadounidense acerca de los remedios constitucionales, y muestra que a veces sigue la lógica de la restricción editorial y, otras, la de la preservación de propósitos (también, en ocasiones, busca seguir una cuando de hecho acaba siguiendo a la otra). El trabajo continúa para sostener que la preservación de propósitos es un enfoque superior, y que consecuentemente debería ser adoptado de manera explícita en los Estados Unidos. Lo anterior debido a que la restricción editorial descansa en falsas distinciones –no existe diferencia significativa entre agregar lenguaje a una disposición, eliminar lenguaje, derrumbar aplicaciones o adoptar una interpretación evasiva–. Las categorías de los remedios se difuminan de forma conjunta en la práctica, y ninguna constituye una intrusión mayor en la esfera legislativa respecto de otra. La preservación de propósitos, aunque no es un enfoque perfecto, al menos salvaguarda el principio de que las metas de las legislaturas mayoritarias deberían determinar el contenido de las disposiciones que promulgan.

Palabras clave: Remedios constitucionales, discreción judicial, restricción judicial, restricción editorial, preservación de propósitos.

Abstract

When a judge finds that a statute violates the Constitution, the statute must give way. But in many cases, there is more than one way for a judge to remedy the conflict between a statute and the Constitution. And in choosing which remedy to impose, there is usually no external source of law telling the judge what to do. They alone must decide which remedy is best.

How should judges exercise this discretion? In the American tradition, it is taken for granted that judges should use restraint –they should select the remedy that disrupts the statute as little as possible–. But, as this Article shows, there are two conflicting approaches to judicial restraint when choosing constitutional remedies. One approach, herein labeled "Editorial Restraint", holds that judges should assume as little power to change legislation as possible. It posits a sliding scale of judicial interventions –adding language to a statute is worse than striking down language, which is worse than striking down an application, which is worse than adopting an avoidance interpretation–. The other approach, herein labeled "Purpose Preservation", focuses instead on finding the remedy that does the least damage to the legislature's goals. That remedy might involve adding language, striking down language, striking down an application, or adopting an avoidance interpretation –what matters is the intervention's substantive effect on the statute and the legislative purpose–. These two approaches are manifested in relatively pure form in the laws of England (which adopts Editorial Restraint) and Canada (which adopts Purpose Preservation), while the American doctrine of constitutional remedies is an untheorized, heterodox, and often incoherent mix of both.

This article explores several different aspects of the American doctrine of constitutional remedies, showing that it sometimes follows the logic of Editorial Restraint and sometimes the logic of Purpose Preservation (and, sometimes, that it purports to follow one but in fact follows the other). The article then argues that Purpose Preservation is the superior approach, and ought to be explicitly embraced in the United States. This is so because Editorial Restraint relies on false distinctions –there is no meaningful difference between adding language to a statute, striking down language, striking down applications, or adopting an avoidance interpretation–. These remedial categories blur together in practice, and none is a greater intrusion into the legislative sphere than any other. Purpose Preservation, while not a perfect approach, at least safeguards the principle that majoritarian legislatures' goals should determine the content of the statutes they enact.

Keywords: Constitutional remedies, judicial discretion, judicial restriction, editorial restriction, preservation of purposes.

1. Introducción

En 1984, la Ley sobre violación sexual de Nueva York preveía que "Un hombre es culpable de violación en primer grado cuando se involucre en relaciones

sexuales con una mujer [...] [m]ediante compulsión forzada".¹ En una provisión distinta, se define a la mujer como "cualquier persona femenina que no se encuentre esposada con el autor del acto".² Entonces, solamente un hombre podría ser el autor de una violación sexual, y solamente una mujer que no se encuentre desposada con el violador podría ser una víctima. En *People vs. Liberta*, un acusado de violación que no estaba casado con su víctima presentó una impugnación constitucional respecto de esta ley ante el Tribunal Supremo de Nueva York.³ El acusado sostenía que, con base en la discriminación en razón de género así como su exclusión de la violación marital, la ley sobre violación sexual quebrantaba la Cláusula de Protección Igualitaria contenida en la Cuarta Enmienda de la Constitución. La Corte de Apelaciones de Nueva York coincidió con ambas observaciones; sin embargo, el caso le generó perplejidad: ¿cuál era el remedio adecuado? ¿Debería erradicar la ley, consecuentemente, legalizando la violación sexual en Nueva York y permitiendo que las personas previamente sentenciadas por violación obtuvieran una anulación de sus condenas?,⁴ o ¿debería expandir la disposición al volverla a escribir de manera efectiva, haciéndola neutral en términos de género e incluyendo la violación marital?⁵

La respuesta convencional en el pensamiento jurídico estadounidense es que el tribunal debería ejercer la restricción judicial (Friedman, 2002). Los tribunales carecen de la legitimidad democrática de los órganos elegidos, de modo que deben ser cuidadosos acerca de cambiar el contenido de un código legislativo. Pero ¿exactamente qué es lo que la restricción judicial exige en un caso como *Liberta*? Existen dos posibles explicaciones. Por un lado, expandir la ley para que incluya autoras femeninas, víctimas masculinas y víctimas desposadas con el autor o la autora, lo que requiere añadir un nuevo lenguaje a la disposición jurídica. El tribunal que elija expandir el alcance de la ley de violación, en efecto, debe sustituir los términos *hombre* y *mujer* por *persona* y eliminar la frase "que no se encuentre esposada con el autor del acto". Crear nueva legislación de

¹ N. Y. Penal Law § 130.35 (McKinney, 1984).

² N. Y. Penal Law § 130.00 (4)

³ 474 N.E.2d 567, 569 (N.Y. 1984).

⁴ 474 N.E.2d 580.

⁵ Este es el remedio que finalmente eligió la Corte, 474 N.E.2o. 578-580.

esta manera implica asumir un notable poder legislativo por parte del Judicial e, intuitivamente, aparenta ser más una gran invasión de la esfera de la separación de poderes que la anulación de una ley. Pero, por el otro lado, invalidar la disposición crea un cambio más dilatado en el efecto sustantivo de la legislación. Si el propósito principal de la legislatura de Nueva York al promulgar la ley era criminalizar la violación sexual (como es sencillo asumirlo), derogar la disposición jurídica entera quebrantaría las metas de la legislatura mucho más de lo que ampliaría la ley para que cubra nuevos crímenes. ¿Qué remedio limita de mejor manera el problema contramayoritario? ¿Añadir palabras a la disposición y causar un cambio limitado?, o ¿derogar el estatuto, provocando un cambio mayor?

El caso ilustra nítidamente una ambigüedad en el concepto de restricción judicial. Las precedentes opiniones académicas y judiciales han asumido que ésta sólo tiene una variable. Cuanto menos intrusivo sea el remedio, menos invadirá el proceso democrático. Pero esta suposición combina dos diferentes cuestiones: i) la naturaleza de la acción que el tribunal realiza para enmendar el precepto, ya sea añadir lenguaje, erradicar lenguaje, anular aplicaciones o interpretar lenguaje, y ii) la medida en que la acción del tribunal altera los efectos sustantivos de la ley. Dependiendo de cuál de estas variables se enfatice, hay dos diferentes tipos de enfoques que uno podría asumir para elegir remedios constitucionales.

Primero, uno podría centrarse en la acción correctiva que el tribunal realiza. En adelante, este enfoque será denominado "restricción editorial". El rasgo clave de la restricción editorial es que el Judicial debería asumir el menor poder posible para editar la legislación. De tal manera, la restricción editorial propone una escala móvil de intervenciones judiciales en el proceso legislativo. La enmienda ideal a una violación constitucional es una lectura evasiva, lo cual involucra el acto judicial por excelencia de interpretar la disposición jurídica en vez de modificar su lenguaje.⁶ Anular aplicaciones y erradicar lenguaje de las dispo-

⁶ Este artículo discute con frecuencia la evasión constitucional como alternativa a remedios como derogar una provisión. La evasión constitucional es comprendida de manera convencional como una cuestión de méritos

siciones jurídicas requiere asumir mayor control editorial sobre la legislación, y, de hecho, agregar lenguaje a un precepto es el remedio más legislativo que existe. Lo que importa para los defensores de la restricción editorial no es lo que de hecho sucede con la ley, sino cuánto poder editorial asume el juez al imponer un remedio. Si los jueces reescriben las leyes —el razonamiento prosigue— entonces efectivamente se tornan en legisladores.

Segundo, uno podría enfocarse en cuánto modifica el remedio judicial el efecto sustantivo de la ley. Esta aproximación será denominada "preservación de propósitos". Un juez que adopta esta postura examina la forma en que cada remedio modifica de hecho la función de la disposición jurídica y, posteriormente, impone el que cubre el propósito buscado por la ley de la mejor manera. Al emprender esta pesquisa, el juez debe tomar decisiones acerca de cuál posible versión del precepto es más compatible con los objetivos procurados por la legislatura que promulgó la ley. Al juez no le debería importar si el remedio involucra reinterpretar una disposición, eliminar o agregar lenguaje. La cuestión fundamental consiste en cómo mantener la ley lo más cercana a lo que la legislatura deseaba y, a su vez, solucionar problemas constitucionales.

El presente artículo busca mostrar que el conflicto no explorado entre los dos enfoques ha confundido a la doctrina estadounidense de los remedios constitucionales, y que incluso lo ha hecho en un considerable número de áreas doctrinales aparentemente dispares. El trabajo sostiene que el enfoque de la preservación de propósitos debería ser adoptado como filosofía imperante para la selección de remedios constitucionales y que la restricción editorial debería (en gran parte) ser rechazada. El argumento procede en cinco partes.

en el derecho estadounidense, y no como parte del derecho de los remedios. Véase *Clark vs. Martinez*, 543 U.S. 371, 381 (2005). ("[El canon de evasión] es una herramienta para elegir entre interpretaciones plausibles en competencia acerca del texto de un estatuto"). Pero, puesto que la evasión realiza la misma labor que los remedios constitucionales, que es solucionar la violación legislativa de la Constitución, se la incluye en el presente artículo en la sección de la teoría de los remedios constitucionales. Para mayor facilidad en la redacción y lectura, el canon de evasión es referido como un remedio a lo largo del trabajo. Para un argumento acerca de que el canon de evasión debería efectivamente, en ocasiones, ser tratado como un remedio, véase Fish (2016).

La sección 2 plantea un punto preliminar: cuando un tribunal enmienda una violación legislativa a la Constitución, necesariamente altera el contenido de la ley para hacerla constitucional. En su desarrollo, refuta un importante y errado encuadre académico acerca de la revisión judicial: la teoría, propuesta por John Harrison, Laurence Tribe y Kevin Walsh, sostiene que eliminar parte de una disposición jurídica es meramente interpretar el precepto a la luz de la Constitución.⁷ De acuerdo con la visión de estos teóricos, cuando un juez anula una provisión legislativa por ser inconstitucional, no está afirmativamente invalidando la provisión, sino que simplemente reconoce de manera pasiva que la Constitución la desfalca. Entonces, el juez no está cambiando la ley, simplemente está enunciado lo que la ley ya es. Esta visión es incompatible con la realidad de que los jueces en varios casos tienen múltiples opciones para resolver un conflicto entre una disposición legislativa y la Constitución. Si el problema constitucional puede ser solucionado de más de una manera, entonces el juez necesariamente elige aplicar un remedio y no otro.

La sección 3 describe ambos enfoques para elegir remedios constitucionales: restricción editorial y preservación de propósitos. Muestra cómo cada uno se refleja en los sistemas jurídicos de Inglaterra y Canadá, de manera respectiva. En Inglaterra, los tribunales no pueden derogar leyes en lo absoluto —sólo pueden interpretar disposiciones jurídicas para evitar conflictos con leyes supremas, o si esto resultase imposible, emitir declaraciones no vinculantes señalando que dicho conflicto existe—.⁸ Esta es una forma pura de restricción editorial en tanto pone una barrera a los tribunales para modificar el código legislativo. En Canadá, los tribunales son instruidos para elegir el remedio que mejor encuadre con el propósito legislativo, ya sea al agregar lenguaje, eliminar lenguaje, anular una aplicación o adoptar una lectura evasiva.⁹ Ésta es una forma pura de preservación de propósitos, pues ignora la naturaleza del remedio y, en cambio, se enfoca en lo que la legislatura hubiera deseado. La sección 3 también

⁷ Véase Harrison (2014); Tribe (1984); Walsh (2010).

⁸ Véase Human Rights Act 1998, c. 42, §§ 3-4 (UK).

⁹ Véanse *Schachter vs. Canadá* [1992] 2 S.C.R. 679, 695 (Can.); *Haig vs. Canadá* (1992), 17 C.H.R.R. D/226 (Can. Ont. C.A.); Pinard (2006).

explora una tercera posible razón para preferir un remedio constitucional sobre otro —el argumento de Evan Caminker sostiene que los tribunales deberían elegir el remedio que promueva de mejor manera las normas constitucionales relevantes (Caminker, 1986)—. Existen múltiples maneras de ver esta aproximación, por ejemplo, como una regla limitada que indica que los jueces no deberían elegir el remedio que menoscaba la propia provisión constitucional que está siendo vindicada, o como una regla más amplia que señala que la elección de un juez debería encontrarse guiada por normas rudimentarias que emanen de la Constitución (o de otras fuentes legales).

La sección 4 analiza la doctrina estadounidense de los remedios constitucionales. Muestra que los Estados Unidos tiene un enfoque mucho menos coherente que el de Inglaterra o Canadá. En dicha nación no hay ley u opinión judicial que establezca un marco consistente. Las elecciones de la Corte Suprema se basan en consideraciones tanto de la restricción editorial como de la preservación de propósitos, pero no distingue ni reconoce conflicto entre éstos. Esta sección también explora cinco tipos de casos que involucran a jueces que eligieron remedios constitucionales, y muestra de qué manera la legislación gobernante en cada caso está motivada por el inexplorado conflicto entre restricción editorial y preservación de propósitos: 1) casos en los que el tribunal puede remediar la discriminación inconstitucional, ya sea elevando el nivel del estatuto para que sea aplicable a las partes excluidas o degradando su nivel para que no sea aplicable a ninguna parte; 2) casos en los que una disposición es considerada inconstitucional en parte y el tribunal debe decidir si el resto es inseparable; 3) casos en los que el tribunal puede erradicar toda la provisión o erradicar una aplicación específica de ésta; 4) casos en los que una interpretación constitucional evasiva es posible, y 5) casos en los que el tribunal puede solicitar a la legislatura que elabore una solución. Trabajos académicos previos han tratado estos aspectos como distintos y *sui generis*, pero el presente artículo revela que todos están regidos por el mismo conflicto interno acerca del concepto de restricción judicial.

La sección 5 hace una prescripción: Estados Unidos debería ser más como Canadá y menos como Inglaterra. Debería adoptar la preservación de propósitos

y rechazar la restricción editorial; en amplia medida, puesto que la jerarquía de remedios planteada por la restricción editorial no supera el escrutinio crítico. La diferencia entre añadir lenguaje a un precepto o quitárselo es simplemente una cuestión de decisiones arbitrarias de redacción legislativa. Por ejemplo, en el caso *Liberta*, la Corte sólo tuvo que agregar lenguaje porque la disposición proveía que "un hombre" puede ser culpable de violación a "una mujer".¹⁰ Si en cambio la disposición hubiese sido escrita entre términos neutrales en materia de género, y si se hubiesen adicionado excepciones textuales para mujeres autoras del crimen y hombres víctimas, la Corte simplemente hubiera resuelto el problema constitucional eliminando dichas excepciones. De manera similar, medidas como erradicar aplicaciones y adoptar lecturas evasivas no pueden ser significativamente distinguidas de agregar o substraer lenguaje estatutario. Todos estos remedios involucran la asunción judicial de un Poder Legislativo —el poder de cambiar el significado de una disposición jurídica— y no existe sentido en el que un tipo de remedio sea más legislativo que otro. En cambio, el beneficio de la preservación de propósitos es que minimiza la interferencia con las políticas democráticas al asegurar que la disposición posremedio es lo más cercana posible a las preferencias de la legislatura. El remedio preferido por la legislatura en ocasiones es indeterminado, lo que permite a los jueces adentrarse en el razonamiento de la motivación. Pero, todo dicho, la preservación de propósitos sigue siendo el mejor enfoque disponible para elegir remedios constitucionales.

Finalmente, la sección 6 refina el concepto de preservación de propósitos y presenta varias advertencias. Primero, se argumenta que los tribunales deberían centrarse en la visión de la legislatura que promulgó la legislación y no en la que está en turno. Esto debido a que es poco probable que la legislatura vigente tenga preferencias comprobables respecto de la disposición, y puesto que enfocarse en la legislatura en turno socava lo que podría ser denominado "democracia intertemporal" —la idea de que diferentes coaliciones mayoritarias llegan a gobernar en diferentes ocasiones, y que el hecho de que una legislatura pierda una elección no implica un repudio a todo lo que esa mayoría promulgó—.

¹⁰ Véase N.Y. Penal Law § 130.35 (McKinney, 1984).

Segundo, se muestra que el caso de la preservación de propósitos es más débil en dos contextos: cuando un tribunal federal revisa leyes estatales y cuando el remedio preferido por una legislatura minaría el propio derecho de rango constitucional que se busca proteger. Tercero, se muestra que la preservación de propósitos es en particular problemática cuando se aplica en el contexto de las cláusulas de separabilidad, puesto que las decisiones referentes a ésta no están limitadas por la necesidad de solucionar violaciones constitucionales menores. Finalmente, se sostiene que los tribunales no deberían elegir de manera deliberada un remedio que pueda no ser del agrado de la legislatura en turno, esto para evitar que el mismo llegue a ser anulado. Tales intentos a menudo fracasan, y socavan el principio de democracia intertemporal, puesto que quitan el poder de definir su propia agenda tanto a la legislatura en turno como a la que promulgó la legislación.

2. Discreción en remedios constitucionales

Hay varios tipos de casos en los que un tribunal puede elegir cómo solucionar una ley inconstitucional. Imaginemos, por ejemplo, que la provisión A y la provisión B son ambas individualmente válidas, pero inconstitucionales en combinación. El juez revisor puede remediar la violación constitucional al eliminar A o B, y la elección acerca de cuál provisión erradicar es esencialmente una cuestión de discreción judicial.¹¹ El ejercicio de esta discreción está sujeto a revisión por parte de una corte de apelación, lo que articula los principios acerca de cómo los jueces deberían decidir sus casos. Pero generalmente ninguna fuente jurídica externa —la Constitución, leyes, o cualquier otra— dicta cómo debería decidir el Judicial entre A y B. En este sentido, elegir un remedio constitucional es muy parecido a imponer un remedio equitativo en un caso privado de derecho civil.¹² El juez tiene discreción sobre el remedio impuesto y esa

¹¹ La palabra *discreción*, en este contexto, no significa que los jueces pueden elegir remedios arbitrariamente, sino que deben tomar decisiones basadas en principios y consistentes con el remedio, en situaciones en las que el estatuto relevante y otros materiales legislativos son indeterminados, basándose en principios guía que, en última instancia, son seleccionados por los propios jueces. Véase Hart (2013).

¹² Véase 27A Am. Jur. 2D Equity § 73 (2008).

discreción está guiada solamente por principios articulados en tribunales superiores. El punto parece sencillo, pero tiene profundas implicaciones en la comprensión de la revisión judicial, significa que ésta no es un proceso en el que los jueces de manera pasiva reconocen que las disposiciones en conflicto con la Constitución son de antemano automáticamente inválidas. En cambio, es un proceso en el que los jueces alteran de manera afirmativa las disposiciones para hacerlas consistentes con la Constitución.

Tres prominentes juristas han apostado por la postura contraria, argumentando que encontrar provisiones inconstitucionales no involucra intervención editorial por parte de los jueces. En "The legislature veto decision: a law by any other name?", Laurence Tribe (1984) propone una comprensión de la revisión constitucional en la que los tribunales no eliminan provisiones inconstitucionales en lo absoluto. En cambio, sostiene que la cuestión ha de ser vista como que los tribunales aplican toda la provisión en cuestión (incluyendo la parte inconstitucional) más la Constitución. En la teoría de Tribe, un juez que emprende la revisión judicial en realidad no cambia la disposición para eliminar su parte problemática —el tribunal meramente reconoce que la provisión problemática no puede ser aplicada porque la Constitución la supera (Tribe, 1984)—.¹³ En "Partial unconstitutionality", Kevin Walsh (2010) amplía acerca de esa teoría; sostiene que la revisión judicial no debería ser concebida como una "extirpación" de la provisión inconstitucional, sino como un "desplazamiento" automático de la provisión por parte de la Constitución (Walsh, 2010, p. 742). El encuadre del "desplazamiento" soluciona el problema de la separabilidad —arguye Walsh—, puesto que niega a los jueces control editorial sobre las leyes, presentándolos como meros vigilantes del panorama legal. Como Walsh lo plantea, la revisión judicial es "el proceso de determinar si; y en caso afirmativo, en qué medida, la Constitución reemplaza lo que de otro modo es legislación operante para resolver un caso particular ante un tribunal" (Walsh, 2010, p. 779). Entonces, la revisión constitucional consiste en que los jueces miren la Constitución, miren la disposición, encuentren una inconsistencia, y noten que las partes inconsistentes

¹³ Véase, también, Nagle (1993) (explicando la postura de Tribe).

de la disposición son inválidas (de hecho, eran inválidas desde el principio). La intuición básica que subyace al encuadre de "desplazamiento" es que aunque el Congreso pensó haber promulgado una ley que contiene A y B, si B viola la Constitución, entonces el Congreso de hecho promulgó A sin B. El papel del Judicial consiste meramente en constatar que B esté desplazada. En realidad los jueces no eliminan nada –la Constitución realiza la eliminación, los jueces simplemente observan y reportan lo que sucedió–. En "Severability, remedies, and constitutional adjudication", John Harrison argumenta de manera similar que la "invalidación" por parte de los jueces es meramente un "discurso figurado" y que los tribunales en verdad no invalidan estatutos inconstitucionales (Harrison, 2014, p. 82). En cambio, la revisión constitucional comprende a los tribunales reconociendo "la jerarquía superior de la Constitución respecto de otras leyes" y toman esto en consideración a la vez que deciden demandas jurídicas particulares (Harrison, 2014, p. 82). Al igual que en la teoría del desplazamiento de Walsh, los jueces determinan en qué medida la Constitución reemplaza a una ley, pero en realidad no hacen nada respecto de la ley misma; por tanto, la revisión constitucional es simplemente una cuestión de interpretación y no de remedio.

Para entender por qué esta postura es insostenible, veamos la decisión hipotética entre eliminar la provisión A o B. La implicación de la teoría del desplazamiento es que si el tribunal revisor decide eliminar A, entonces esto meramente consistió en interpretar el material jurídico vigente (la ley más la Constitución), de modo tal que A resulta ser legislación inadecuada. El estatuto fue aprobado con sujeción a la Constitución, y el tribunal revisor observa que A ha sido desplazada de forma automática por la Constitución. En cambio, si el tribunal hubiese decidido eliminar B, esto hubiera significado que B había sido automáticamente desplazada en lugar de A. Pero esto es imposible, si la Constitución de manera automática desplaza lenguaje legislativo inconsistente y el trabajo del juez radica sólo en discernir cuándo sucedió esto, entonces no hay lugar para la discreción judicial en la elección del lenguaje que es desplazado. Es incoherente plantear que cualquier elección que el juez realice ha sido impuesta de antemano por la Constitución desde el momento en que la ley fue promulgada. Los jueces no son Terminator –no pueden hacer desaparecer las cosas del pasado–. La dis-

creción necesariamente existe cuando hay más de una manera de arreglar un disposición inconstitucional (Ginsburg, 1979).¹⁴ Si los jueces ejercen discreción al elegir si la Constitución ha desplazado A o B, entonces no hay distinción significativa entre desplazamiento y extirpación.

Una posible variante de la teoría del desplazamiento sostendría que los jueces interpretan la propia disposición cuando eligen el remedio. Esto es, los jueces ven a la disposición relevante como si contuviese instrucciones implícitas concernientes a qué remedio deberían elegir. Entonces, elegir un remedio es una cuestión de descifrar esas instrucciones. De tal modo, la discreción judicial es removida al plantear que el estatuto mismo ha seleccionado de antemano el remedio (en vez de la Constitución, por vía de la teoría del desplazamiento). Por supuesto, una legislatura podría especificar *ex ante* cuál remedio desea que se imponga si encuentra que la disposición es inconstitucional. Por ejemplo, podrá promulgar lenguaje que establezca "si esta ley es encontrada inconstitucional, la provisión B ha de ser inválida y la provisión A habrá de mantenerse vigente".¹⁵ Pero en la abrumadora mayoría de los casos, la ley es muda respecto de la elección que un juez debe enfrentar al poner un remedio. En tales casos los jueces habrán tenido que leer instrucciones muy específicas dentro del silencio legislativo. Es un tanto extravagante denominar al pronóstico de tales instrucciones "interpretación" cuando proceden en el vacío. Por supuesto, un tribunal podría realizar su mejor adivinación respecto de qué remedio hipotéticamente hubiese deseado la legislatura si hubiese tenido que afrontar la cuestión, pero la legislatura no promulga sus intenciones hipotéticas *sub silentio*. Dicho ejercicio tendría a los jueces reconstruyendo de manera imaginativa la ley al ponerse en el lugar de los legisladores, no interpretando la verdadera disposición jurídica producida por la legislatura (Fish, 2015, p. 1298). En los casos en los que la

¹⁴ ("Cuando el tribunal confirma la constitucionalidad de un estatuto en casos como Westcott, concluye su actividad, esencialmente judicial. Si declara que el estatuto es inconstitucional tal como está escrito, la tarea restante es esencialmente legislativa").

¹⁵ Véase, por ejemplo, Heckler vs. Mathews, 465 U.S. 728, 734 (1984); Dorf (2007); Fish (2015). Para un ejemplo de una provisión de este tipo, véase 42 U.S.C. § 402(n) (1982). Las instrucciones para los remedios pueden también ser provistas mediante lenguaje más general. Véase Organized Crime Control Act of 1970, Pub. L. No. 91-452, 84 Stat. 922, p. 947 (1970). (Establece que la Ley RICO debería "ser interpretada liberalmente con el fin de llevar a cabo sus propósitos correctivos").

legislatura declina decir a los jueces qué remedio elegir, entonces efectivamente delega un poder legislativo al judicial, permitiendo a los jueces decidir cómo ha de repararse el estatuto (Kahan, 1994).¹⁶

La distinción entre interpretar la ley y modificarla no es meramente académica. Tiene consecuencias prácticas en casos reales. Consideremos de nuevo *People vs. Liberta*, en el que el tribunal supremo de Nueva York expandió el estatuto estatal sobre violación sexual para incluir la violación marital.¹⁷ ¿Qué significó esta decisión para los acusados que antes habían cometido violación marital? ¿Ahora eran responsables penalmente o estaban protegidos por la prohibición constitucional de castigo *ex post facto*?¹⁸ Si la teoría del desplazamiento es correcta, entonces la decisión de expandir la ley no plantea problema *ex post facto* —la disposición de violación fue promulgada sujeta a la Cláusula de Protección Igualitaria, y la Constitución de manera automática elevaba el estatuto al momento de la promulgación—. Sin embargo, si en *Liberta* el tribunal en verdad cambió la ley existente en vez de sólo interpretarla, entonces la prohibición de violación material únicamente puede ser aplicada en prospectiva.¹⁹

Ahora, consideremos el caso *United States vs. Booker*.²⁰ En éste, la Corte Suprema de los Estados Unidos eliminó varias provisiones de la Ley de Reforma a las Sentencias para hacer que las Pautas Federales de Sentencias no fueran vinculantes. No obstante, la Corte no hizo que este remedio fuera retroactivo, lo que significa que los acusados condenados por el régimen de pautas de sentencia anteriormente vinculante no podrían impugnar sus sentencias.²¹ Si la teoría del desplazamiento fuera correcta, la Corte no hubiera tenido la opción de hacer que su decisión fuera no retroactiva. Si la Corte simplemente observa que la

¹⁶ Argumentando que las ambigüedades en las leyes penales son delegaciones de poder al Judicial para legislar en la materia; véase Merrill y Hickman (2001) (sosteniendo que la deferencia de Chevron preserva la autoridad de legislar a las agencias en situaciones en las que el estatuto es ambiguo).

¹⁷ 474 N.E.2d 567 (N.Y. 1984).

¹⁸ Véase *Marks vs. United States*, 430 U.S. 188, p. 192 (1977).

¹⁹ Un remedio constitucional también podría calificarse como una aplicación de la Quinta Enmienda desde esta lógica, si el remedio privó a alguien de su propiedad. Véase *Stop the Beach Renourishment, Inc. vs. Fla. Dep't of Env'tl. Prot.*, 560 U.S. 702, p. 715 (2010).

²⁰ 543 U.S. 220 (2005).

²¹ Véase *Duncan vs. United States*, 552 F.3d 442, p. 443 (6o. Cir. 2009); *Guzman vs. United States*, 404 F.3d 139, 140 (2o. Cir. 2005); *Lloyd vs. United States*, 407 F.3o. 608, p. 610 (3o. Cir. 2005).

Constitución ha desplazado de manera automática partes de la Ley de Reforma a las Sentencias, entonces no puede elegir cuándo ocurrió ese desplazamiento.²² El papel de los jueces en la teoría del desplazamiento es el de declarar lo que la ley ya es, no el de decidir cómo y cuándo cambiará la ley. Finalmente, consideremos la decisión de la Corte en *Northern Pipeline Construction Co. vs. Marathon Pipe Line Co.*²³ En este caso, la Corte derogó la Ley de Reforma de la Bancarrota, y declaró que los tribunales de bancarrota, de la manera en que se encontraban constituidos en ese momento, violaban el artículo III. La Corte no sólo hizo que tal decisión no fuera retroactiva, sino que también contuvo el remedio durante varios meses para dar al Congreso una oportunidad para promulgar una nueva versión de la ley que solucionará sus problemas constitucionales.²⁴ La teoría del desplazamiento no permitiría a la Corte retrasar su remedio de esta manera –si la Constitución automáticamente desplaza el estatuto inconstitucional, entonces los jueces no tienen el poder para retrasar ese desplazamiento–. Entonces, la discreción de los jueces acerca de la selección de remedios constitucionales tiene implicaciones prácticas para el ejercicio de la revisión judicial. Puesto que ellos ejercen un poder cuasilegislativo cuando editan disposiciones inconstitucionales, sus opciones correctivas pueden retrasarse o hacerse no retroactivas, y están sujetas a las mismas restricciones constitucionales que otros cambios legislativos.

3. Aproximaciones a la selección de remedios

Como ilustró la sección anterior, un juez que encuentra inconstitucional una provisión legislativa ejerce discreción acerca del remedio que aplicará. Pero esto

²² Véase *Chicot Cty. Drainage Dist. vs. Baxter State Bank*, 308 U.S. 371, pp. 374-375 (1940) (señala que las tenencias de inconstitucionalidad pueden hacerse no retroactivas); *Lemon vs. Kurtzman*, 411 U.S. 192, 198-99 (1973); *Harper vs. Va. Dep't of Taxation*, 509 U.S. 86, pp. 98-99 (1993) (sostiene que las nuevas interpretaciones de una ley federal anunciadas por un tribunal deben ser aplicadas retroactivamente a todos los casos abiertos en revisión).

²³ 458 U.S. 50 (1982).

²⁴ 458 U.S. 50 (1982), pp. 87-88. Véase también *Buckley vs. Valeo*, 424 U.S. 1, p. 144 (1976) (conteniendo el juicio por un periodo no mayor a 30 días). Aunque debería destacarse que existe la posibilidad de que la Corte Europea de Derechos Humanos encuentre que la violación de la Convención otorga fuerza política a las declaraciones nacionales de invalidez. Véase Kavanagh (2015).

no significa que el juez puede utilizar esa discreción arbitrariamente, ni que pueda desarrollar su punto de vista personal sobre políticas públicas. Los jueces deben ejercer esa discreción como jueces, esto es, tratando casos afines de manera similar, consistente y con los mismos principios. En el sistema estadounidense, esto significa que siguen los métodos del *common law* para juzgar y emitir sentencias. Un juez proporciona razones que respaldan la elección de un remedio, y éstas son puestas a prueba en la apelación y luego son adoptadas o rechazadas por los tribunales superiores. Los tribunales superiores, a su vez, elaboran un conjunto de precedentes que regirán la selección de remedios constitucionales en el futuro. Esta sección considera dos enfoques alternativos que los tribunales superiores podrían adoptar. El primero, "restricción editorial", está incorporado en el modelo inglés de revisión constitucional. Instruye a los jueces a seleccionar el remedio que implique asumir el menor control editorial sobre el precepto legislativo, a fin de preservar lo mejor posible la distinción entre la función legislativa (redacción de leyes) y la función judicial (interpretación y aplicación de leyes). El segundo, "preservación de propósitos", está inserto en el modelo canadiense de revisión constitucional. Instruye a los jueces a seleccionar el remedio que mejor se adapte a los propósitos que tenía la legislatura cuando redactó el estatuto en cuestión. El conflicto entre estos dos enfoques es análogo al conflicto en filosofía moral entre la deontología y el utilitarismo. La restricción editorial (como la deontología) mira la naturaleza misma de la acción de remedio, e impone ciertas reglas que restringen la elección de un remedio por parte del juez, sin considerar las consecuencias. La preservación de propósitos (como el utilitarismo) observa las consecuencias de la acción de remedio y permite a los jueces elegir cualquiera que preserve mejor el resultado buscado por la legislatura. Esta sección también discute las implicaciones de una tercera variable: la cuestión de si el remedio elegido está en conflicto con las normas constitucionales.

3.1 El enfoque inglés: restricción editorial

En 1998, el Parlamento británico introdujo la revisión judicial de la legislación en el sistema inglés por medio de la Ley de Derechos Humanos. Ésta faculta a los jueces británicos para hacer cumplir la Convención Europea de Derechos

Humanos, aunque de manera limitada. La sección 3 de la ley establece: "En la medida en que sea posible hacerlo [...] la legislación debe leerse y aplicarse de manera que sea compatible con los derechos de la Convención".²⁵ Por tanto, se instruye a los jueces –siempre que sea posible– a interpretar las leyes de modo que no entren en conflicto con la Convención. Como deja en claro el libro blanco parlamentario que explica la Ley de Derechos Humanos, esto requiere que los jueces hagan más que sólo resolver ambigüedades legislativas en favor de los derechos previstos en la Convención.²⁶ Deben esforzarse por encontrar una interpretación de la disposición relevante que la haga compatible con la Convención, incluso si esa interpretación entra en conflicto con el texto de la ley. Este mandato ha llevado a algunas interpretaciones creativas. Por ejemplo, en *Ghaidan vs. Ghodin-Mendoza*, la Cámara de los Lores invocó la sección 3 para interpretar un estatuto que otorga derechos de supervivencia de inquilino a "una persona que vivía con el inquilino original 'como su esposa o esposo'", como si también proveyera tales derechos a parejas homosexuales no desposadas.²⁷ Al explicar este resultado, lord Nicholls de Birkenhead enfatizó la expansión del mandato a la luz de la sección 3, señaló:

Actualmente se acepta en general que la aplicación de la [S]ección 3 no depende de la presencia de ambigüedad en la legislación interpretada. Incluso si cuando es construido de acuerdo con los principios ordinarios de la interpretación el significado de la legislación no deja lugar a duda, la [S]ección 3 puede, no obstante, requerir que se proporcione a la legislación un significado distinto.²⁸

Desde *Ghaidan*, este acercamiento expansivo a la interpretación de la sección 3 se ha tornado en una característica consolidada de la jurisprudencia británica (Kavanagh, 2015). Por ende, se exige que los jueces básicamente reescriban la disposición problemática bajo la apariencia de interpretarla, siempre y cuando

²⁵ Human Rights Act 1998, c. 42, § 3(1) (UK).

²⁶ Home Department, *Rights Brought Home: The Human Rights Bill, 1997*, Cm. 3782, § 2.7 (UK); véase también Sweeney (2013, p. 322).

²⁷ [2004] 2 AC 557 (HL) 560. El matrimonio entre personas del mismo sexo no existía en Inglaterra en ese momento. Véase también *R vs. Sec'y of State for the Home Dep't* [2001] EWCA (Civ) 1698 (Eng.) (interpreta la sección 2 de la Ley de Sentencias Penales, añade el requisito de que delincuentes múltiples deben constituir un riesgo de seguridad pública para ser sentenciados a cadena perpetua).

²⁸ *Ghaidan vs. Godin-Mendoza*, [2004] 2 AC 557, 29.

no adopten una interpretación que sea "incompatible con alguna característica fundamental" de la legislación.²⁹

Si un juez no puede encontrar una interpretación que evite el conflicto entre la ley y la Convención, entonces puede (aunque no está obligado) realizar una "declaración de incompatibilidad", de acuerdo con la sección 4 de la Ley de Derechos Humanos, se declara que la ley en cuestión viola la Convención.³⁰ Tal declaración no afecta la validez misma de la ley, y ni siquiera es vinculante para las partes en el caso que el juez decide.³¹ Se trata meramente de una declaración judicial de que la ley está en conflicto con la Convención. Esto parece bastante desdeñoso desde una perspectiva estadounidense –podemos estremecernos pensando qué sucedería en Estados Unidos si la Corte Suprema dependiese de las legislaturas para implementar sus determinaciones en materia constitucional—. Pero el Parlamento que promulgó la Ley de Derechos Humanos decidió confiar en la política en lugar de en la invalidación judicial para hacer cumplir los derechos consagrados en la Convención.³² Predijo que una declaración de incompatibilidad "seguramente inducirá al gobierno y al Parlamento a cambiar la ley".³³ Y esta predicción ha resultado ser bastante precisa. Entre la promulgación de la Ley de Derechos Humanos en 1998 y agosto de 2011, se emitieron 19 declaraciones de incompatibilidad; 14 fueron tratadas de manera subsecuente mediante la modificación de la legislación, y cuatro ya se habían abordado mediante enmiendas en el momento de la declaración.³⁴ Sólo un caso durante ese periodo resultó en una declaración de incompatibilidad en la que el gobierno no actuó: *Smith vs. Scott*, en el cual el Tribunal de Apelaciones en materia de Registro Electoral de Escocia sostuvo que privar de sus derechos político-electorales a los prisioneros violaba la Convención.³⁵ Algunas de estas

²⁹ Véase Ghaidan, 2 AC 557, 32-33.

³⁰ Human Rights Act 1998 c. 42, § 4 (UK).

³¹ *Idem.* § 4(6).

³² La sección 10 prevee un proceso rápido de enmienda para arreglar la legislación considerada incompatible con la Convención, pero aún debe pasar por el gobierno en turno. Véase *idem.* § 10.

³³ Home Department, *Rights Brought Home: The Human Rights Bill, 1997*, Cm. 3782, 2.10 (UK).

³⁴ *Responding to Human Rights Judgments: Report to the Joint Committee on Human Rights on the Government's Response to Human Rights Judgments, 2010-11*, Cm. 8162, pp. 29-46 (UK).

³⁵ *Smith vs. Scott* [2007] CSIH 9 [56] (Scot.); Ziegler (2013).

enmiendas se refieren a cuestiones importantes y controversiales; por ejemplo, en 2004, la sección 4 se empleó contra una ley que permitía la detención preventiva de presuntos terroristas, a lo cual el Parlamento respondió modificando la ley.³⁶ Las declaraciones de incompatibilidad han demostrado ser relativamente efectivas a pesar de la falta de fuerza vinculante, puesto que ponen presión política sobre el Parlamento para que enmiende la legislación.

El sistema de recursos judiciales de Inglaterra bajo la Ley de Derechos Humanos está estrictamente secuenciado. Según la sección 3, un tribunal debe tratar de encontrar una interpretación de la provisión legislativa que sea consistente con la Convención. Si esto resulta imposible, entonces, de acuerdo con la sección 4, el tribunal puede declarar que el estatuto es incompatible con la Convención. Pero los tribunales en Inglaterra carecen de autoridad para invalidar la legislación. Al explicar la decisión de no permitir la invalidación judicial, el Parlamento enfatizó la importancia del mandato democrático.³⁷ Por tanto, se basó en un conjunto de intuiciones sobre qué tipos de acciones son apropiadas para el Parlamento y cuáles lo son para los tribunales. El Parlamento toma decisiones de política pública incorporadas en la legislación, y su mandato de redactar esa legislación se deriva de la responsabilidad democrática por medio de las elecciones. En contraste, los tribunales carecen de legitimidad democrática y, por tanto, no están facultados para cambiar la legislación directamente. Deben limitarse a interpretar la legislación, y cuando perciben que una ley entra en conflicto con la Convención, sólo pueden señalarlo al Parlamento. Entonces, existe una preferencia categórica en favor de la interpretación creativa, la cual se considera un remedio relativamente no invasivo, puesto que no implica ningún cambio en el texto de la ley, a diferencia de las declaraciones de incompatibilidad, que involucran a los tribunales abogando por enmiendas a la ley.

Este artículo se refiere a este enfoque de la revisión judicial como restricción editorial, puesto que plantea una jerarquía de intervenciones judiciales sobre

³⁶ *A & Others vs. Sec'y of State for the Home Dep't* [2004] UKHL 56 [7]; véase *Responding to Human Rights Judgments*, *supra* nota 26, p. 39.

³⁷ *Home Department*, *supra* nota 26, § 2.13.

un texto jurídico e instruye a los jueces a realizar la intervención que requiere asumir el menor poder editorial sobre la ley. Las interpretaciones evasivas no requieren cambiar el texto del estatuto en lo absoluto —son meras declaraciones judiciales acerca de lo que significa el texto—. ³⁸ Una declaración de incompatibilidad requiere que el juez genere una opinión acerca de cuál debería ser el texto de la ley y que exprese esa visión al Parlamento (que, a su vez, es probable que revise el texto). Entonces, una declaración de incompatibilidad, desde la lógica del modelo inglés, involucra asumir mayor control editorial que en una interpretación evasiva, por lo mismo, se presenta la preferencia exigida en favor de la sección 3 sobre la sección 4. ³⁹ Incluso sería peor permitir que un juez anule la legislación. Eso implicaría que el juez cambie los términos reales de la ley al declarar ciertas disposiciones inválidas. Inglaterra no permite tal invalidación judicial, puesto que sería antidemocrático e infringiría los poderes del Parlamento. ⁴⁰ Por tanto, los británicos han desarrollado una práctica de revisión judicial que distingue estrictamente entre los diferentes tipos de acciones correctivas y hace cumplir una preferencia categórica por la acción que otorga a los jueces el menor poder para cambiar la ley. Los jueces deben interpretar el problema evasivamente si pueden, sólo pueden señalar un conflicto si ninguna interpretación lo evita y nunca pueden invalidar un estatuto por su propia autoridad. Esta aproximación se enfoca en la naturaleza de las acciones del tribunal y plantea reglas generales para cuando cada tipo de remedio está disponible, independientemente de las consecuencias en cada caso particular. El contenido de esas reglas está determinado por intuiciones acerca de los roles apropiados de los tribunales y las legislaturas, es decir, que los primeros interpretan y hacen cumplir las leyes, mientras que sólo las segundas pueden editarlas.

³⁸ Una interpretación evasiva puede cambiar la sustancia de la ley en gran medida, como se discute *infra* parte 4.4. Pero, puesto que no involucra agregar o invalidar lenguaje, deja formalmente intacto el texto del estatuto.

³⁹ Es probable que las declaraciones de incompatibilidad sólo parezcan una afirmación tan grande del poder editorial en Inglaterra porque el Parlamento casi siempre actúa sobre ellas. Si imaginamos que el Parlamento ignora rutinariamente las declaraciones de incompatibilidad, sería más fácil ver que implican una menor asunción judicial del Poder Legislativo que las interpretaciones de la sección 3. También se debe tener en cuenta que los jueces ingleses tienen una larga tradición de interpretar los estatutos de manera que entren en conflicto con el texto llanamente. Véase Manning (2001).

⁴⁰ Home Department, *supra* nota 26, § 2.13.

El sistema inglés modela bastante bien la restricción editorial. Pero el concepto también puede extenderse más allá del sistema de Inglaterra, con su papel más limitado para el Poder Judicial en la aplicación de los derechos, y en sistemas que permitan formas más fuertes de revisión judicial. Retornando a *People vs. Liberta*, sería menos problemático desde una perspectiva de restricción editorial si la Corte de Apelaciones de Nueva York anulara la ley sobre violación sexual de Nueva York que si la reescribiera para hacerla neutral en cuanto al género e incluir la violación conyugal.⁴¹ Esto debido a que escribir un nuevo lenguaje en un estatuto requiere asumir más poder legislativo que simplemente invalidarlo.⁴² Eliminar el lenguaje es una acción meramente negativa, sólo puede deshacer lo que ha hecho la legislatura, mientras que poder agregar un nuevo lenguaje otorga a los jueces un control creativo total sobre la legislación. La restricción editorial también puede asistir a dar sentido a la preferencia por impugnar la constitucionalidad de la aplicación de las leyes en razón de su aplicación a casos particulares (*as-applied challenge*) sobre la impugnación de la constitucionalidad de las leyes en sí mismas (*facial challenge*). Si un tribunal se limitara a decir que una ley es inconstitucional con respecto a los hechos específicos que tiene ante sí, el tribunal tendría mucho menos poder editorial sobre la ley que si también pudiera optar por encontrar el estatuto inconstitucional con respecto a todos los casos posibles.⁴³ Y la misma lógica se aplica a las decisiones de separabilidad. Un juez debe asumir cierto grado de poder editorial para eliminar una disposición jurídica en tanto inconstitucional, pero el juez debe asumir significativamente más poder para luego eliminar otras disposiciones perfectamente constitucionales en tanto inseparables.⁴⁴ Con todas estas cuestiones correctivas,

⁴¹ Véase *supra*, las notas 1-5 y el texto que les acompaña.

⁴² Véanse *Virginia vs. Am. Booksellers Ass'n*, 484 U.S. 383, p. 397 (1988); *Blount vs. Rizzi*, 400 U.S. 410, 419 (1971); *Leishman* (2006 pp. 141-142); *Bizar* (1992); *Ginsburg* (1979, p. 324) ("Sí, extensión significa 'legislar un poco', de hecho, apreciar que el tribunal está legislando me parece la clave para el adecuado análisis del asunto"); *Manning* (2001, pp. 58-78).

⁴³ Véase *Gonzales vs. Carhart*, 550 U.S. 124, 168 (2007); *Nat'l Endowment for the Arts vs. Finley*, 524 U.S. 569, 580 (1998); *United States vs. Raines*, 362 U.S. 17, 21 (1960); *Fallon* (2000).

⁴⁴ Véase *Ayotte vs. Planned Parenthood of N. New Eng.*, 546 U.S. 320, pp. 328-329 (2006); *Regan vs. Time, Inc.*, 468 U.S. 641, 652 (1984); *Gans* (2008, p. 663), ("La doctrina [de la separabilidad] otorga a los tribunales un amplio poder para reescribir los estatutos, y esto enreda regularmente al Poder Judicial en la toma de decisiones políticas que es mejor dejar a la legislatura"). Esta discusión sobre la separabilidad supone un marco en el que los jueces sólo pueden eliminar disposiciones individuales como inconstitucionales, y uno debe justificar su capacidad para declarar que las disposiciones adicionales son inseparables. Pero la

el foco no está en el resultado sustantivo del caso, sino en el tipo de acción que el tribunal realiza para lograr ese resultado.

Una forma de pensar acerca de la restricción editorial es abstraerse del contexto de la revisión judicial y cuestionarse cuánto infringiría el poder de la legislatura si los jueces pudieran imponer el remedio en cuestión incluso en casos no constitucionales.⁴⁵ Esto ayuda a hacerse de una idea de la jerarquía que postula el sistema inglés y de la intuición de que ciertas formas de revisión judicial son más legislativas que otras. A partir de la evasión constitucional, no agregaría sustancialmente al Poder Judicial si los jueces pudieran interpretar la legislación de manera creativa; de hecho, los jueces ya lo hacen en una variedad de contextos.⁴⁶ Sin embargo, si un juez generalmente pudiese declarar que una disposición es aplicable a un caso en cuestión (y elimina la disposición en tanto aplicación), esto generaría una combinación sustancial de las funciones legislativas con las judiciales —los jueces podrían anular el trabajo de la legislatura de manera análoga a la anulación juratorial—. ⁴⁷ Los jueces ejercerían aún más poder legislativo si pudieran invalidar cada posible aplicación de la ley pertinente (al invalidarla mediante *facial challenge*) o invalidar otras disposiciones jurídicas que no están en relación con el caso (al declarar que esas disposiciones son inseparables). Y si los jueces pudieran agregar lenguaje a los estatutos en casos ordinarios, entonces el Poder Judicial se convertiría efectivamente en una segunda legislatura. En cualquier disputa jurídica, la legislación relevante

misma lógica se aplica si la propia línea de base es un sistema en el que los jueces deben anular el proyecto de ley completo si una sola disposición es inconstitucional, y uno tiene que justificar su capacidad de rescatar ciertas provisiones. Véase Campbell (2011, p. 1499).

⁴⁵ Este experimento mental tiene cierta similitud con el imperativo categórico de Immanuel Kant. Prepara las intuiciones sobre la incorrección de ciertas acciones al preguntar qué sucedería si éstas se universalizaran más allá de su contexto específico. Véase Kant (1993, p. 30) ("Actúa sólo de acuerdo con esa máxima según la cual, al mismo tiempo, podrás exigir que se convierta en una ley universal").

⁴⁶ Véase Pinard (2006, p. 115) ("Puesto que la interpretación estatutaria es lo que los jueces hacen, su trabajo ordinario del día a día, normalmente no provocará cuestiones de legitimidad"); véase también Eskridge, Jr. (1987, pp. 1538-1544) (describe un número de casos en los que la Suprema Corte asumió la interpretación estatutaria "dinámica", por lo que construyó estatutos contrarios a las expectativas originales del legislativo).

⁴⁷ La anulación del jurado se entiende comúnmente como un tipo de poder legislativo, por el cual la comunidad que actúa por medio de áquel determina lo que debe ser la ley. Véanse, por ejemplo, Harrington (1999, p. 433) y Jacobsohn (1977, p. 76).

no sería más que el punto de partida para una investigación judicial sobre cuáles deberían ser los derechos y obligaciones de las partes. Este experimento mental revela la lógica de la restricción editorial, y asiste a explicar su atractivo intuitivo. La preocupación no consiste en el resultado que un remedio genere para un caso particular, sino en lo que significa que los jueces puedan imponer ese tipo de remedio en general. Ciertos tipos de remedios parecen más legislativos que otros, y menos judiciales, porque difuminan la distinción entre lo que las legislaturas y los jueces pueden hacer para alterar las leyes. Cuantas menos restricciones tengan los jueces cuando corrijan estatutos inconstitucionales, más parecerá que actúan como legisladores.

3.2 El enfoque canadiense: preservación de propósitos

El enfoque canadiense para elegir remedios constitucionales no está previsto en ninguna ley, sino más bien en una decisión de la Suprema Corte de Canadá. En *Schachter vs. Canadá*, un tribunal de primera instancia determinó que una ley que proporciona 15 semanas de licencia pagada para padres adoptivos, pero no para padres naturales, viola la Carta de Derechos y Libertades de Canadá (la Constitución de Canadá).⁴⁸ En la apelación, la Suprema Corte canadiense enumeró cinco posibles remedios a la violación legislativa de la Carta:⁴⁹ 1) "Separación", que consiste en declarar inválida solamente la provisión violatoria;⁵⁰ 2) "Derogar", que consiste en declarar inválido todo el estatuto;⁵¹ 3) "Lectura acorde", que consiste en interpretar el estatuto de manera tal que no entre en conflicto con la Carta;⁵² 4) "Lectura progresiva", que consiste en extender

⁴⁸ *Schachter vs. Canadá* [1992] 2 S.C.R. pp. 679, p. 680 (Can.).

⁴⁹ Diferentes fuentes tienen un conteo distinto de remedios, pero para el propósito de este artículo se asume que son cinco. Véase *Schachter*, [1992] 2 S.C.R. en p. 695; también, *Haig vs. Canadá* (1992), 16 C.H.R.R. D/226 en p. 17 (Can. Ont. C.A.) ("[H]ay cinco remedios disponibles en s. 52"). Pero véase *Bizar* (1992, pp. 123-130) cuenta tres; *Pinard* (2006 p. 117) cuenta cuatro.

⁵⁰ *Schachter* [1992] 2 S.C.R. p. 696; *Roach* (1994, pp. 14-39 a 14-46).

⁵¹ *Schachter* [1992] 2 S.C.R. pp. 697, 705, 715 (distingue entre "derogar" y una "separación"); *Haig*, 16 C.H.R.R. D/226 p. 15; *Roach* (1994, pp. 14-38 a 14-39).

⁵² *Schachter* [1992] 2 S.C.R. pp. 719-720; también, *Hogg* (1992, pp. 393-394); *Roach* (1994, pp. 14-38).

el alcance del estatuto para que corrija las exclusiones inconstitucionales,⁵³ y 5) "Suspender" el remedio, que consiste en seleccionar un remedio, pero postergando su implementación para dar oportunidad a que la legislatura genere su propia solución.⁵⁴ En contraste con el enfoque inglés, la Suprema Corte de Canadá no ordenó estos recursos en una jerarquía y exigió a los jueces que sólo impongan un tipo de remedio si no hay otro disponible. En cambio, la Corte reconoció que "[un] tribunal tiene flexibilidad para determinar qué curso de acción tomar después ante una violación de la *Carta*".⁵⁵ Inglaterra ofrece a los jueces un menú fijo, Canadá permite que los jueces elijan a la carta.

Al considerar qué hacer en *Schachter*, la Suprema Corte canadiense se centró en encontrar el remedio que hubiera preferido la legislatura.⁵⁶ Entonces, la Corte estableció como principio que cuando un juez tiene discreción judicial para imponer un remedio u otro en un caso de revisión constitucional, entonces deberá elegir el remedio que mejor preserve los objetivos de la legislatura. En última instancia, esto llevó a que la Corte decidiera en *Schachter* que la separación suspendida era el mejor remedio (en lugar de la "lectura progresiva"), puesto que la ley en cuestión tenía la intención específica de ayudar a los padres adoptivos, y la medida la expandiría más allá de lo que la hace reconocible para extenderla a la categoría (mucho más grande) de padres naturales.⁵⁷ Los tribunales inferiores han seguido este ejemplo. En *Haig vs. Canadá*, el Tribunal de Apelaciones de Ontario consideró una impugnación a una ley antidiscriminatoria, la Ley de Derechos Humanos de Canadá, alegando que ésta omitió inconstitucio-

⁵³ *Schachter* [1992] 2 S.C.R. p. 698; también, *Hogg* (1994, p. 929) ("Leer progresivamente [...] involucre agregar palabras a un nuevo estatuto para remover un defecto constitucional"); *Roach* (1994, pp. 14-46 y 14-63).

⁵⁴ *Schachter* [1992] 2 S.C.R. p. 715; *Roach* (1994 pp. 14-63 a 14-79).

⁵⁵ *Schachter* [1992] 2 S.C.R. p. 695.

⁵⁶ La Suprema Corte de Canadá enfatizó preservar las metas legislativas a partir de su opinión en *Schachter*. Véase *Schachter* [1992] 2 S.C.R. pp. 697, 700, 707-709, 718.

⁵⁷ *Schachter* [1992] 2 S.C.R. pp. 722-724. ("En este caso, leer progresivamente no necesariamente suma a la meta legislativa y definitivamente interferiría con decisiones presupuestarias en aquello que exigiría el gasto de una mayor suma de lo que el Parlamento estaría dispuesto o podría asignar al programa en cuestión"); *Schachter* [1992] 2 S.C.R. p. 726 ("[No] se puede suponer que la legislatura habría promulgado el beneficio para incluir al demandante"). La Corte también señaló que mientras el caso estaba pendiente, el Parlamento canadiense había implementado una solución legislativa, igualando el tiempo de licencia de los padres adoptivos y naturales a las 10 semanas (menos que los 15 originales). *Schachter* [1992] 2 S.C.R. p. 724.

nalmente de su protección a los homosexuales.⁵⁸ El tribunal de Ontario acordó que la exclusión era inconstitucional y, aplicando el Schachter, determinó que el remedio que menos interferiría con los objetivos de la legislatura era expandir el estatuto al "leer progresivamente" las protecciones para los homosexuales.⁵⁹ Hubiera sido bastante irónico derogar un amplio estatuto de derechos civiles para evitar la discriminación en contra de un grupo.⁶⁰ Por tanto, el tribunal ordenó efectivamente que las palabras "orientación sexual" fueran añadidas a la ley.⁶¹ La Suprema Corte de Canadá prosiguió este rumbo unos años más tarde en *Vriend vs. Alberta*, leyendo progresivamente "orientación sexual" en una legislación distinta en materia de derechos civiles.⁶² Como ilustran estos casos, cuando los jueces canadienses deben elegir qué tipo de remedio imponer –ya sea leyendo progresivamente, leyendo de manera acorde, separación, invalidación u otra medida– intentan seleccionar el remedio que se ajuste mejor a los propósitos de la ley.

Este artículo se refiere a este enfoque de la revisión judicial como "preservación de propósitos" porque está dirigido a garantizar que el recurso del tribunal interfiera lo menos posible con el propósito de la ley. En el contexto de la interpretación jurídica, se trata de un pariente cercano del intencionalismo. Del mismo modo que los intencionalistas resuelven las ambigüedades de los preceptos eligiendo la interpretación que mejor promueva los objetivos de la ley, los devotos de la preservación de propósitos deciden entre remedios seleccionando el que mejor promueva los objetivos de la ley.⁶³ Esta investigación se dirige al resultado sustantivo producido por una orden de reparación, y no al tipo de

⁵⁸ *Haig vs. Canadá* [1992], 16 C.H.R.R. D/226 (Can. Ont. C.A.); véase también *Esquega vs. Canadá*, 2008 F.C.A. 182 [2009] 1 F.C.R. 448 (Can.) (adoptando la "lectura acorde" como el remedio que menos interfiere con los objetivos de la legislatura).

⁵⁹ *Haig*, 16 C.H.R.R. D/226 pp. 18-23.

⁶⁰ *Haig*, 16 C.H.R.R. D/226 p. 23 ("Por tanto, para mí es inconcebible que el Parlamento hubiera preferido la ausencia de una ley en materia de derechos humanos en lugar de una que incluyera la 'orientación sexual' como un motivo prohibido de discriminación").

⁶¹ *Haig*, 16 C.H.R.R. D/226 p. 24 (ordenando "que la *Ley de Derechos Humanos de Canadá*... sea interpretada, aplicada y administrada como si contuviera 'orientación sexual' como un motivo prohibido de discriminación en el artículo 3 de esa Ley").

⁶² *Vriend vs. Alberta* [1998] 1. S.C.R. 493.

⁶³ Véase *Eskridge* (1987, p. 1480).

acción que el tribunal toma. Por tanto, aunque la restricción editorial se centra en la naturaleza de la acción del tribunal, la preservación de propósitos se centra en sus consecuencias. Eliminar lenguaje no es inherentemente mejor o peor que agregar lenguaje, adoptar una interpretación evasiva o rechazar una aplicación específica; todo lo que importa es encontrar el remedio que mejor sirva al propósito legislativo.

Por supuesto, determinar el propósito legislativo puede ser una cuestión difícil. Las legislaturas tienen muchos miembros distintos, cada uno con sus propios objetivos, y una legislación puede diseñarse para lograr múltiples objetivos (a veces conflictivos entre sí).⁶⁴ No obstante, existen algunos casos fáciles. Es difícil imaginar que la legislatura de Nueva York hubiera preferido legalizar la violación a criminalizar la violación marital,⁶⁵ y también imaginar que el Parlamento canadiense hubiera preferido legalizar toda discriminación a prohibir la discriminación contra los homosexuales.⁶⁶ Pero otros casos no son tan fáciles. Tomemos, por ejemplo, la ley en cuestión en *Schachter*, que proporcionó 15 semanas de licencia pagada para los padres adoptivos pero no así para los padres naturales. Hubiera sido una respuesta incompleta que la Corte Suprema decidiera que el objetivo primordial del estatuto era garantizar el cuidado de los niños, y que expandir la ley era el mejor remedio porque eso significaría una mayor licencia parental. Presumiblemente, la legislatura también tuvo razones para sustentar su decisión de limitar el estatuto a los padres adoptivos, tal vez porque costaría menos dinero que extenderlo a todos los padres, o que los padres adoptivos tienen dificultades particulares que pueden ser solventadas mediante el permiso parental.⁶⁷ La clave está en determinar qué remedio funciona mejor a la totalidad de matriz de objetivos para la que se promulgó la ley. Para hacerlo, el tribunal debe analizar la evidencia disponible (la redacción del estatuto, su contexto político y jurídico, su historia legislativa, etcétera) y tratar de decidir qué

⁶⁴ Véase Shepsle (1992, pp. 248-249); Sunstein (1989, p. 427)

⁶⁵ Véase *People vs. Liberta*, 474 N.E.2d pp. 567, 578-579 (N.Y. 1984).

⁶⁶ Véase *Haig*, 16 C.H.R.R. D/226.

⁶⁷ Véase *Schachter vs. Canadá* [1992] 2 S.C.R. pp. 679, 722-723 (Can.).

remedio habría elegido hipotéticamente la legislatura.⁶⁸ Esto presenta un peligro. En los casos en que la voluntad legislativa se encuentre indeterminada, los jueces tendrán que ponerse en el lugar de la legislatura e intentar decidir qué remedio hubieran preferido. En tales casos, parece probable que las propias creencias sociales y políticas de un juez serían difíciles de separar de su pronóstico de lo que la legislatura hubiera querido, especialmente en los casos en que la respuesta se encuentra indeterminada (Miller, pp. 89-90; Fish, 2015, pp. 1322-1325).

3.3 Evasión de la ironía y reconocimiento de normas

La restricción editorial y la preservación de propósitos son métodos para respetar a la legislatura en los casos de revisión constitucional: la primera, al limitar el poder de los jueces para editar las leyes, y la segunda al instruir a los jueces a encontrar el remedio que la legislatura hubiera deseado. Pero el respeto a la legislatura no es la única consideración en la que uno podría enfocarse al decidir entre remedios constitucionales. Un juez también podría intentar imponer el remedio que mejor reivindique las normas constitucionales relevantes. Evan Caminker (1986) defiende ese enfoque en el contexto de los casos en que un estatuto es inconstitucionalmente poco incluyente y los jueces deben rechazar la ley o expandirla para agregar al grupo excluido. Caminker argumenta que, en tales casos, los jueces deben guiarse por "normas rudimentarias" incrustadas en la Constitución (Caminker, 1986, p. 1185). Desde el contexto canadiense, Nitya Duclos y Kent Roach proponen casi el mismo enfoque, exhortando a que los jueces se guíen por "pistas constitucionales" cuando seleccionan remedios (Duclos y Roach, 1991, p. 24).

⁶⁸ Los estudiosos de la legislación distinguen entre propositivismo e intencionalismo en la interpretación estatutaria; el primer enfoque instruye a los jueces a mirar los propósitos objetivamente manifestados del estatuto y el segundo apunta a las intenciones subjetivas de la legislatura que lo promulgó. Véase, por ejemplo, Barak (2005, pp. 260-268); Eskridge (1987, p. 1480). En el contexto de elegir remedios constitucionales, tal distinción no tiene mucha importancia. Si se tiene en cuenta la matriz completa de propósitos a los que sirve una ley, es difícil imaginar una situación en la que el remedio A sirva mejor a esos propósitos, pero la legislatura habría elegido el remedio B; e incluso si tal caso existiera, es poco probable que el Poder Judicial conozca las intenciones hipotéticas de la legislatura, excepto observando sus objetivos generales. Así, las dos consultas colapsan entre sí.

Al desarrollar su argumento, Caminker, Duclos y Roach combinan dos principios diferentes por medio de los cuales las normas constitucionales pueden determinar la selección de remedios constitucionales. Es menester distinguirlos aquí. Este artículo los etiquetará como "evitar la ironía" y "reconocimiento de normas". Evitar la ironía es el principio que establece que cuando un juez repara una violación constitucional no debe elegir un remedio que llegue a socavar la norma constitucional que se busca proteger. Por ejemplo, si una ley prohíbe a un grupo de personas realizar manifestaciones de protesta cerca de una escuela, pero se le permite a otro grupo, y se descubre que esta discriminación viola la Primera Enmienda como una discriminación basada en el contenido de la ley, el tribunal debe anular la ley en lugar de nivelar a los grupos en la misma, puesto que sería profundamente irónico prohibir las manifestaciones de protesta para proteger la libertad de expresión (Caminker, 1986, pp. 1194-1196).⁶⁹ Del mismo modo, si un estatuto que garantiza la licencia de maternidad excluye inconstitucionalmente a los padres, el tribunal debería ampliar la licencia para beneficiar también a los hombres en lugar de negarla a las mujeres, ya que la revocación de la licencia de maternidad socavaría la equidad de género (Caminker, 1986, pp. 1196-1202).⁷⁰ Y, retornando al caso de *Haig vs. Canadá*, sería casi cómico revocar una ley contra la discriminación para remediar la exclusión discriminatoria de los homosexuales de esa misma ley.⁷¹ En cada uno de estos ejemplos, nivelar es un remedio deficiente porque crea un conflicto con las normas constitucionales que respaldan el derecho mismo que se hace cumplir. Tiene sentido evitar dicha ironía. En la medida en que los jueces tengan discreción correctiva, deberían, en igualdad de condiciones, ejercerla para reivindicar los propósitos de la disposición constitucional triunfante. Evitar la ironía puede ser vista en sí misma como una forma de preservacionismo, en la cual el juez elige el remedio que mejor preserva los

⁶⁹ (Discutiendo *Police Department of Chicago vs. Mosley* [1972], 408 U.S. 92).

⁷⁰ *Cfr. Schachter vs. Canadá* [1992] 2 S.C.R. pp. 679, 701-02 (Can.). (Discutiendo la ironía de eliminar los beneficios de bienestar para madres solteras, por motivos de "igualdad"). Aunque debe tenerse en cuenta que esto dependerá de cómo se interprete la norma relevante: un juez podría considerar la Cláusula de Igualdad de Protección como sólo una norma de igualdad formal y, por tanto, no sería irónico eliminar el permiso de maternidad por motivos de igualdad de sexo. Véase, por ejemplo, Siegel (2004) (describe dos propósitos muy diferentes que se atribuyen a la Cláusula de Igualdad de Protección, cada uno de los cuales incorpora una visión distinta del igualitarismo).

⁷¹ Véase *Haig vs. Canadá* [1992], 16 C.H.R.R. D/226 (Can. Ont. C.A.).

propósitos del derecho constitucional relevante en vez de los propósitos del estatuto.

Por el contrario, el reconocimiento de normas es mucho más amplio. Involucra situaciones en las que la norma que se invoca no proviene del específico derecho en la Constitución que se hace cumplir, sino de otra parte de ésta (u otra fuente jurídica).⁷² Un ejemplo es el caso canadiense *R. vs. Hebb*.⁷³ Éste comprendió una ley que requería que un tribunal, antes de encarcelar a un acusado de entre 16 y 22 años por no pagar una multa penal, presentara un informe sobre la capacidad de pago del acusado. La ley fue impugnada alegando discriminación por motivo de edad por parte de un acusado mayor de 22 años. El juez revisor consideró esta impugnación persuasiva. Inmediatamente, optó por ampliar el requisito de informar sobre todos los acusados, en lugar de eliminarlo, con el argumento de que si bien el debido proceso constitucional no necesariamente requería una determinación acerca de la capacidad de pago, la práctica de recurrir a la consideración judicial antes de ejecutar el encarcelamiento estaba "constitucionalmente alentada".⁷⁴ Por tanto, la impugnación en *Hebb* implicó discriminación por razones de edad, pero la selección del remedio fue impulsada por las normas constitucionales concernientes al debido proceso (Duclos y Roach, 1991, pp. 26-27).

Otro ejemplo está en *Liberta*.⁷⁵ En ese caso, la Corte de Apelaciones de Nueva York determinó que el estatuto de violación del Estado era inconstitucionalmente discriminatorio porque excluía a perpetradoras femeninas, víctimas masculinas y la violación conyugal,⁷⁶ sin embargo, ampliar el estatuto para incluir todos esos casos entra en una fuerte tensión con la norma constitucional de *nulla*

⁷² Hay algunas situaciones límite en las que no es inminentemente claro si una norma constitucional es o no la misma que se hace cumplir. Por ejemplo, si un estatuto es inconstitucional porque causa discriminación racial, y uno de los posibles remedios socavaría la norma contra la discriminación de género, debemos decidir si se trata de normas constitucionales diferentes o sólo de manifestaciones diferentes de la misma norma.

⁷³ *R. vs. Hebb* [1989], 89 N.S.R. 2d p. 137 (Can.).

⁷⁴ *R. vs. Hebb*, (1989), 89 N.S.R. 2d p. 151.

⁷⁵ *People vs. Liberta*, 474 N.E.2d p. 567 (N.Y. 1984).

⁷⁶ Véase *supra* notas 1 a 5 y el texto que las acompaña.

poena sine lege –una conducta no puede ser penalizada a menos que exista una ley que la prohíba—. ⁷⁷ Si bien nivelar el estatuto puede no violar técnicamente la prohibición constitucional respecto de delitos de *common law*, la Constitución podría leerse como desalentando fuertemente la expansión judicial de las leyes penales. En cada uno de estos casos, los jueces podrían encontrar que la ley es inválida a la luz de una disposición de la Constitución, y luego decidir sobre el remedio apropiado al atender las normas subyacentes a otras provisiones.

El reconocimiento de normas es más amplio que evitar la ironía, puesto que hay muchas más normas que podrían ser invocadas. Si se observa a la totalidad de la Constitución en búsqueda de pistas que guíen la selección de un remedio, comúnmente se encontrarán múltiples pistas que apuntan a diversas direcciones. Esta multiplicidad está compuesta por la indeterminación básica de las normas constitucionales, que básicamente consiste en valores abstractos adscritos a textos constitucionales con fines abiertos. ⁷⁸ El hecho de que diversas normas puedan ser imputadas a frases constitucionales como "igual protección", "debido proceso" o "libertad de expresión", lleva a desacuerdos acerca de los valores que de hecho están incluidos en la Constitución. Por ejemplo, un juez podría ver que la Cláusula de Igualdad de Protección prohíbe sólo las clasificaciones discriminatorias, mientras que otro vería que propugna igualdad social sustantiva para grupos desaventajados (Siegel, 2004). De manera similar, un juez puede ver a la cláusula del debido proceso como mera promotora de valores de justicia procesal, mientras que otro podría considerar de manera sustancial el debido proceso como un valor constitucional. ⁷⁹ Esta indeterminación ideológicamente conjugada, combinada con la posibilidad de conflictos entre valores constitucionales, conducirá a casos en los que cada juez elija un valor y no exista una forma neutral de decidir. Entonces, por ejemplo, en un caso en el que un beneficio

⁷⁷ Véase *United States vs. Wiltberger*, 18 U.S. 76, p. 95 (1820) (Marshall, C.J.) ("Es la legislatura, no la Corte, la que debe definir un delito y ordenar su castigo"); *United States vs. Hudson*, 11 U.S. 32, p. 34 (1812).

⁷⁸ *Cfr.* Balkin (2009) (argumenta que la textura abierta de varias disposiciones constitucionales importantes permite que su significado cambie); Emerson (1963) (proporciona una serie de valores diferentes previstos por la Primera Enmienda).

⁷⁹ *Cfr.* *City of Chi. vs. Morales*, 527 U.S. 41, 85 (1999) (Scalia, J., disidente), con *Lawrence vs. Texas*, 539 U.S. 558, 578 (2003) (opinión de Kennedy, J.).

debe ser nivelado hacia arriba o hacia abajo después de un hallazgo de discriminación, un juez podría decidir que un valor constitucional que favorece el poder federal limitado propugna nivelar hacia abajo,⁸⁰ mientras que otro podría pensar que dicho valor constitucional favorece la igualdad sustantiva, por lo que propugna una nivelación hacia arriba.⁸¹ Cada juez podría reunir evidencia interpretativa para respaldar el valor que ha elegido. Es difícil ver cómo uno podría decidir de manera neutral cuál valor debería prevalecer sobre el otro.

Esta dificultad se agrava por el hecho de que también se pueden encontrar normas importantes fuera de la Constitución. ¿Por qué, de hecho, las normas constitucionales necesariamente prevalecen sobre normas profundamente arraigadas que están incorporadas en leyes, doctrinas judiciales y otras fuentes de derecho? Regresando al caso *Liberta*, podría realizarse un argumento fuerte acerca de que la norma que propugna la penalización de la violación está más profundamente arraigada que las normas en contra de los crímenes de *common law*.⁸² Es inconcebible que un Estado legalice la violación, mientras que los crímenes creados judicialmente existieron durante gran parte de la historia de Estados Unidos.⁸³ Y algunas normas constitucionales no están arraigadas en lo absoluto. Por ejemplo, la Vigésimo séptima Enmienda tal vez crea una norma constitucional en contra de la autocontratación por parte del Congreso, pero esta norma es relativamente débil en el sistema jurídico estadounidense.⁸⁴ Y muchas otras cláusulas constitucionales no son importantes o son anacrónicas.⁸⁵

⁸⁰ Véase *Nat'l Fed'n of Indep. Bus. vs. Sebelius*, 132 S. Ct. 2566, p. 2646 (2012) (Scalia, Kennedy, Thomas & Alito, JJ., disidentes) (refiere al "principio básico [y por tanto limitado] al poder federal").

⁸¹ Véase Winter (1972, pp. 48-58) (describe el desarrollo de la doctrina de la igualdad de protección en la Corte Warren y concluye que "[una] evaluación justa tanto de los puntos de vista de los comentaristas como de la jurisprudencia existente sería que la ley está muy avanzada en el camino hacia la protección sustantiva igual como vehículo de redistribución de ingresos").

⁸² Este artículo asume que no existe una norma constitucional federal que favorezca la criminalización de la violación, aunque algunos han argumentado que la Decimotercera Enmienda la establece. Véase, por ejemplo, Katyal (1993); Kim (2012).

⁸³ De hecho, algunos sostienen que el derecho penal federal sigue siendo efectivamente un tipo de *common law*. Véase, por ejemplo, Kahan (1994).

⁸⁴ El Congreso, de hecho, con frecuencia viola la Vigésimo séptima Enmienda sin que se genere mucho alboroto. Véase Fish y Hemel (2012).

⁸⁵ Véase, por ejemplo, Constitución de los Estados Unidos, art. I, § 2 ("Los impuestos directos se repartirán entre los diversos Estados que puede incluirse dentro de esta Unión..."); art. II, § 1 ("Ninguna persona, excepto un ciudadano de nacimiento... será elegible para el cargo de presidente"); art. III, § 3 ("Ninguna

Mientras tanto, estatutos como la Ley de Derechos Civiles,⁸⁶ la Ley Sherman,⁸⁷ y la Ley de Estándares Laborales Justos⁸⁸ son fuentes de las normas más poderosas y profundamente arraigadas en el sistema estadounidense (Eskridge y Ferejohn, 2001, pp. 1225-1227). Parecería extraño que los jueces invoquen normas incorporadas en la Vigésimo séptima Enmienda, pero no en la Ley de Derechos Civiles. Y si el reconocimiento de normas se ampliara para incluir estatutos y otras fuentes de derecho, entonces los jueces podrían encontrar una norma que apunte en cada dirección en prácticamente cualquier caso de discreción correctiva. El reconocimiento de normas se convierte así en un enfoque amplio e integral para seleccionar remedios constitucionales. Un juez que siga este enfoque examinará todo el panorama jurídico-político en búsqueda de normas relevantes, determinará su fuerza relativa en relación con las opciones correctivas disponibles y seleccionará el remedio que reivindique la norma que el juez considere más importante (Sunstein, 1989).⁸⁹ Esto se parece mucho a lo que el juez Hércules hace en la teoría interpretativa de Ronald Dworkin (1986, pp. 337-354): primero imagina que todas las estructuras jurídicas existentes y decisiones previas en el sistema son tomadas en conjunto para crear una jerarquía de normas coherente, y después elige el remedio que mejor se ajusta a la interpretación normativa de esa jerarquía (Dworkin, 1986, p. 245). Entonces, los desacuerdos acerca de la elección del remedio se tornan en desacuerdos sobre las normas que están más profundamente arraigadas.

4. Desentrañando el enfoque estadounidense

Volviendo ahora al sistema estadounidense, por décadas, académicos y juristas preocupados por la práctica de la revisión judicial han luchado con el problema

persona será condenada por traición a menos que sea por el testimonio de dos testigos en acto público, o por confesión ante un tribunal abierto"); Enmienda III.

⁸⁶ Pub. L. No. 88-352, 78 Stat. 241 (codificada como enmendada en diversas secciones de 2 U.S.C., 28 U.S.C., y 42 U.S.C.).

⁸⁷ 15 U.S.C. §§ 1-7 (2012).

⁸⁸ 29 U.S.C. §§ 201-205 (2012).

⁸⁹ (Defendiendo un enfoque análogo en el contexto de la interpretación de estatutos).

contramayoritario.⁹⁰ En un nivel básico, la práctica de revisión judicial entra en conflicto con las normas democráticas al tener jueces no elegidos (y vitalicios) que toman decisiones que modifican las leyes promulgadas por las legislaturas elegidas. La restricción editorial y la preservación de propósitos representan dos estrategias diferentes de lidiar con el problema contramayoritario en los casos en que un juez puede elegir entre diversos remedios. La restricción editorial permite a los jueces encubrir su discreción al afirmar el menor control creativo posible sobre el lenguaje del estatuto, y así evitar que se les acuse de usurpar el papel de la legislatura; por el contrario, la preservación de propósitos requiere que los jueces ejerzan discreción abiertamente, de modo que se aproximen lo más posible al resultado que los procesos mayoritarios habrían creado. Las estrategias son fundamentalmente diferentes –la restricción editorial implica la abdicación de poder sobre la legislación por parte del Judicial, mientras que la preservación de propósitos requiere la afirmación judicial de dicho poder–. Sin embargo, la doctrina estadounidense no ha distinguido entre estos enfoques, y cambia de manera incoherente entre ellos en varias cuestiones correctivas. Inglaterra y Canadá tienen, cada uno, un principio comprensible y consistente que rige cómo se deben elegir los remedios, mientras que el enfoque estadounidense permanece sin ser teorizado.

Esta sección explora la doctrina estadounidense de remedios constitucionales respecto de cinco tipos de casos, y muestra que la doctrina está motivada por la lógica de la restricción editorial, la de la preservación de propósitos o las dos.⁹¹ En el primero, la Corte Suprema sigue la lógica de la preservación de propósitos cuando extiende leyes infrainclusivas. En el segundo, aunque la doctrina de la Corte en casos de separabilidad exige la preservación de propósitos,

⁹⁰ Véase Bickel (1962, p. 16); Chemerinsky (1989, p. 71) ("La mayoría de los estudiosos constitucionales del último cuarto de siglo [...] han visto la tarea de la teoría constitucional como la definición de un papel para la Corte que sea consistente con los principios mayoritarios"); Pildes (2010, p. 104) ("[No] es errado caracterizar el pensamiento jurídico estadounidense como 'obsesionado' con el problema moral de la revisión judicial").

⁹¹ Desafortunadamente la discusión en esta sección se limita a casos relacionados con tribunales federales que aplican la Constitución Federal. Si bien es importante determinar cómo los tribunales estatales eligen los recursos constitucionales, la gran cantidad de sistemas estatales hace que dicho proyecto supere el alcance de este artículo. Para una encuesta de los enfoques de los 50 estados sobre la separabilidad, véase Dorf (1994, pp. 295-304).

en la práctica sigue la lógica de la restricción editorial. En el tercero, la doctrina de la Corte desfavorece las impugnaciones a las propias leyes (*facial challenge*) desde la lógica de la restricción editorial, pero en la práctica, frecuentemente permite estas impugnaciones con base en la preservación de propósitos, evitar la ironía u otras consideraciones particulares de los casos. En el cuarto, la Corte declara una preferencia categórica por las interpretaciones constitucionales evasivas en las que están disponibles, al modo de la restricción editorial, aunque en un caso importante –Estados Unidos vs. Booker– la Corte preguntó si la legislatura promulgante hubiera preferido la interpretación evasiva, al modo de la preservación de propósitos.⁹² Finalmente, la Corte rara vez solicita un remedio legislativo por parte del Congreso o de la legislatura estatal pertinente.⁹³

4.1 Nivelar hacia arriba o nivelar hacia abajo

Agregar lenguaje a un estatuto, lo que los tribunales canadienses denominan "leer progresivamente", es el remedio menos preferido desde una perspectiva de la restricción editorial;⁹⁴ sin embargo, en la lógica de preservación de propósitos, añadir lenguaje es la mejor opción si reivindicar los objetivos legislativos mejor que con cualquier remedio alternativo. En general, los tribunales estadounidenses adoptan el enfoque de la restricción editorial cuando consideran si se debe reescribir o agregar lenguaje a una ley. A menudo se comportan como si tal remedio se encontrara más allá de su poder. En consecuencia, en *Virginia vs. American Booksellers Association*, la Suprema Corte declaró "no reescribiremos una ley estatal para adecuarla respecto de los requerimientos constitucionales",⁹⁵ y en *Blount vs. Rizzi* que "corresponde al Congreso, no a esta Corte,

⁹² 543 U.S. 220 (2005).

⁹³ Esta parte del artículo analiza situaciones en las que la preservación de propósitos y la restricción editorial tienen algo que decir sobre la elección del remedio. No considera situaciones en las que cualquiera de los enfoques sería indiferente entre los remedios. Por ejemplo, si un juez eligiera cuál de las dos disposiciones eliminar, o cuál de las dos interpretaciones evasivas adoptar, el enfoque de restricción editorial no tendría mucho que decir sobre qué remedio debería elegirse, por lo que el juez tendría que adoptar una teoría diferente. Véase, por ejemplo, *Bowsher vs. Synar* [1986] 478 U.S. 714, 783-87 (Blackmun, J., disidente) (usando el enfoque de preservación de propósitos al considerar cuál de las dos disposiciones derogar).

⁹⁴ Para algunos estudiosos y comentaristas, agregar lenguaje a un estatuto equivale a legislación judicial. Véase, por ejemplo, Leishman (2006, p. 141), Bizar (1992), Ginsburg (1979, p. 324).

⁹⁵ [1988] 484 U.S. 383, 397.

reescribir el estatuto".⁹⁶ No obstante, existe una gran excepción de este enfoque. En casos de protección igualitaria, la Corte a menudo nivelará hacia arriba el estatuto para incluir al grupo inconstitucionalmente excluido (Bizar, 1992, pp. 130-131). Lo hará incluso en los casos en que no haya una excepción textual que le permita derogar y, entonces, subir de nivel requiere agregar lenguaje al estatuto.

Este particular trato de los casos de igualdad comenzó en 1970.⁹⁷ Ocurrió sólo en *Welsh vs. United States*, el juez Harlan primero distinguió los casos de igualdad de otros tipos de casos de revisión constitucional, argumentando que es preferible nivelar un estatuto si es que derogarlo frustraría el objetivo de la legislatura de beneficiar a terceros.⁹⁸ Justificó dicha aproximación mediante un razonamiento de preservación de propósitos, y sostuvo que la Corte goza de una "presunta concesión de poder [...] para decidir si se encuentra más cerca de concordar con los deseos del Congreso eliminar la ley totalmente o expandirla para hacer que la intención del Congreso sea constitucional" (Ginsburg 1979, pp. 355-356). Este enfoque despegó cuando la Corte comenzó a aplicar la Cláusula de Protección Igualitaria sobre las leyes que discriminaban por razón de sexo. En *Frontiero vs. Richardson*,⁹⁹ *Weinberger vs. Wiesenfeld*,¹⁰⁰ *Califano vs. Westcott*¹⁰¹ y otros casos,¹⁰² la Corte consideró las impugnaciones a las disposiciones de seguridad social y otras leyes acerca de beneficios que brindaban

⁹⁶ [1971] 400 U.S. 410, 419; véase también *United States vs. Nat'l Treasury Emps. Union* [1995] 513 U.S. 454, 478; *W. Va. Univ. Hosps., Inc. vs. Casey* [1991] 499 U.S. 83, 101; *Am. Tobacco Co. vs. Patterson* [1982] 456 U.S. 63, 75; *Aptheker vs. Sec'y of State* [1964] 378 U.S. 500, 515; *Hill vs. Wallace* [1922] 259 U.S. 44, 70-71; *United States vs. Reese* [1875] 92 U.S. 214, 221.

⁹⁷ Dos casos anteriores, *Iowa-Des Moines National Bank vs. Bennett* [1931] 284 U.S. 239, y *Skinner vs. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942), plantearon la cuestión de subir el nivel en casos de igualdad. Pero la Corte no lo subió en ninguno, no discutió el tema con mucha extensión ni consideró la relevancia del propósito legislativo. Véase Ginsburg (1979, pp. 306-310).

⁹⁸ 398 U.S. 333, 366 n.18 (1970) (Harlan, coincide en el resultado). El juez Harlan enfatizó la existencia de una amplia cláusula de separabilidad en ese caso, argumentando que faculta a la Corte para ampliar el estatuto. Ginsburg (1979, pp. 364-365).

⁹⁹ 411 U.S. 677 (1973).

¹⁰⁰ 420 U.S. 636 (1975).

¹⁰¹ 443 U.S. 76, 93 (1979).

¹⁰² Para una lista más completa, véase Kovacic (1986, pp. 49-50). Algunas decisiones de los tribunales estatales que extienden los estatutos después de los desafíos de igualdad constitucional son anteriores a la década de 1970. Véase, por ejemplo, *Burrow vs. Kapfhammer*, 145 S.W.2d 1067 (Ky. 1940); *Quong Ham Wah Co. vs. Indus. Accident Comm'n of Cal.*, 192 P. 1021 (Cal. 1920).

mayores prestaciones a las mujeres que a los hombres, y en cada caso amplió los beneficios a los hombres para lograr la paridad de género. Por ejemplo, Weinberger involucraba una ley que proporcionaba pagos de seguridad social a viudas con hijos dependientes, pero no a viudos. La Corte solucionó esta discriminación por razón de sexo al escribir "padres viudos" en la ley.¹⁰³ En un artículo escrito en 1979, la entonces profesora Ruth Bader Ginsburg (la mayor arquitecta de la jurisprudencia de la Corte en materia de igualdad de sexos) defendió nivelar hacia arriba en estos casos. La profesora argumentó que "Los tribunales actúan de manera legítima [...] cuando emplean el sentido común y buen juicio para preservar una ley mediante extensión moderada, cuando derogarla hubiera sido más perjudicial a la voluntad de la legislatura" (Ginsburg, 1979, p. 324).¹⁰⁴ La Corte adoptó totalmente este razonamiento en *Heckler vs. Mathews*, articulando un respaldo completo de la preservación de propósitos en casos de protección igualitaria.¹⁰⁵ Esta adopción de la preservación de propósitos ha sido ampliada por parte de tribunales inferiores a otras garantías constitucionales de igualdad, incluyendo la Cláusula de Comercio Inactivo y la Primera Enmienda.¹⁰⁶

La doctrina estadounidense acerca de agregar lenguaje a los estatutos tiene dos lógicas diferentes. En la mayoría de los casos, los tribunales no se permiten agregar lenguaje. No pueden, por ejemplo, agregar nuevos procedimientos a un estatuto para satisfacer los requerimientos del debido proceso, otorgar a los jueces de bancarrota su puesto vitaliciamente para cumplir con el artículo III o reescribir estatutos vagamente inadmisibles para hacerlos más específicos (Hanish, 1996, pp. 289-290).¹⁰⁷ Pero en los casos de igualdad constitucional,

¹⁰³ Véase Weinberger, 420 U.S. at 653, aff'g 361 F.Supp. 981 (D.N.J. 1973); Ginsburg (1979, pp. 302-303).

¹⁰⁴ Véase también Beers (1975) (muestra que la Corte se enfoca primordialmente en la intención legislativa al decidir si extender o invalidar).

¹⁰⁵ 465 U.S. 728, 739 n.5 (1984).

¹⁰⁶ Véase, por ejemplo, *Freeman vs. Corzine*, 629 F.3d 146, p. 164 (3o. Cir. 2010) (observa la extensión de la Prevención de Propósito a la Cláusula de Comercio inactiva); *Wiesmueller vs. Kosobucki*, 571 F.3d 699, 702 (7o. Cir. 2009) (igual); *Rappa vs. New Castle Cty.*, 18 F.3d 1043, 1073 (3o. Cir. 1994) (destaca la extensión de la Prevención de Propósito a la neutralidad de contenido de la Primera Enmienda).

¹⁰⁷ Hay tres tipos de casos en los que podría ocurrir una reforma judicial: 1) los que involucran garantías procesales requeridas por la Primera Enmienda o debido proceso; 2) los que involucran clasificaciones que

los tribunales sí agregan lenguaje a una ley si hacerlo preserva mejor el propósito legislativo. Entonces, la doctrina abarca la restricción editorial en general, pero la preservación de propósitos para casos de igualdad. ¿Cómo dar cuenta de esta distinción? Los jueces Harlan y Ginsburg justifican la extensión de remedios en casos de igualdad de protección argumentando que son los que mejor reivindican la voluntad legislativa.¹⁰⁸ Pero esto no muestra por qué los casos de igualdad son únicos –¿por qué los tribunales tienen prohibido reescribir estatutos tras impugnaciones de debido proceso o de vaguedad si al hacerlo reivindican de mejor manera la voluntad legislativa? En este caso es difícil encontrar una distinción de principios, pero algunas cualidades de los casos de igualdad parecen hacerlos especialmente adecuados para los remedios de extensión. Primero, generalmente es posible encontrar un claro, determinado y definido número que se puede nivelar hacia arriba, por ejemplo, si una mujer recibe 10 semanas de licencia parental y los hombres no reciben ninguna, los jueces pueden reescribir la ley para otorgar a los hombres 10 semanas.¹⁰⁹ De manera similar, si una ley de beneficios públicos otorga a los hombres 5,000 dólares al año y a las mujeres 2,000, los derechos de igualdad pueden protegerse nivelando a las mujeres hasta 5,000 (o los hombres hasta 2,000). Por tanto, los jueces no enfrentan el mismo problema que encuentran en otros tipos de casos, como la vaguedad o los casos de debido proceso, en los que pueden tener que ejercer más creatividad para reescribir el estatuto. En segundo lugar, la preservación de

se consideraron poco inclusivas de acuerdo con la cláusula de igual protección, y 3) casos que involucran leyes penales vagas o demasiado amplias); véase también *N. Pipeline Constr. Co. vs. Marathon Pipe Line Co.*, 458 U.S. 50 (1982) (invalida el estatuto que crea jueces de bancarrota, en parte por falta de permanencia en el puesto).

¹⁰⁸ Véase *Welsh vs. United States*, 398 U.S. 333, 366 n.18 (1970) (Harlan, J., concurriendo en el resultado); Ginsburg (1979, p. 324).

¹⁰⁹ Una pregunta interesante es si los jueces pueden nivelar en medio, es decir, si pueden nivelar la clase incluída y subir de nivel a la excluída, de modo que se hallen en algún punto intermedio. En *Schachter vs. Canadá*, por ejemplo, a los padres adoptivos se les habían otorgado 15 semanas de licencia parental y los padres naturales, ninguna. La legislatura finalmente modificó la ley después de que el caso fue llevado a la Corte para dar a ambos grupos 10 semanas. [1992] 2 S.C.R. 679, 724 (Can.). ¿Podría la Corte haber impuesto esta solución por sí misma? Parece poco probable que la historia legislativa apunte a los jueces hacia un número intermedio específico, por lo que en la práctica se centran en los números en el estatuto (por ejemplo, 15 vs. 0). Pero en algunos casos puede estar claro que la legislatura no querría subir de nivel o bajar todo el camino, por ejemplo, si subir sería extremadamente costoso y bajar privaría a un grupo de un beneficio muy necesario. En tales casos, nivelar en medio tendría sentido incluso ante la ambigüedad de qué número elegir.

propósitos para casos de igualdad surgió por primera vez en demandas que impugnaban leyes que proporcionaban seguridad social y similares beneficios de bienestar, e invalidarlas habría perjudicado a algunos grupos vulnerables. La expansión es atractiva en tales casos (como en *Liberta*, en el cual derogar habría legalizado la violación).¹¹⁰ Esta preocupación podría haber sido pronunciada especialmente en casos como *Weinberger*, *Frontiero*, etcétera, en los que se presentaron demandas de igualdad de sexo contra los estatutos que otorgan mayores beneficios a las mujeres que a los hombres. Efectivamente, parece irónico eliminar un beneficio diseñado para las mujeres en nombre de la igualdad de género (Caminker, 1986, pp. 1196-1202). Por tanto, el tratamiento diferenciado de los casos de igualdad puede ser producto de una contingencia histórica. Sin embargo, ninguna de estas preocupaciones se refleja en la doctrina oficial, que simplemente indica que el propósito legislativo determina si un estatuto es nivelado hacia arriba o hacia abajo después de una impugnación de igualdad.¹¹¹

4.2 Separabilidad

La doctrina de la separabilidad concierne a situaciones en los que un tribunal ha de determinar que una provisión en un estatuto es inconstitucional y, por ende, también tiene poderes para invalidar otras provisiones.¹¹² Típicamente, la doctrina estadounidense de la separabilidad está regida por la lógica de la preservación de propósitos.¹¹³ Cuando un juez considera que una disposición jurídica es inconstitucional, aplica dos pruebas: primero, "si el estatuto funcionará de *manera* consistente con la intención del Congreso", y segundo, si "el

¹¹⁰ Una académica incluso propuso la extensión del remedio a todos los casos. Véase Kovacic (1986, p. 45). Otra argumentó que la extensión debía ser el remedio mediante el cual el gobierno proporcione "comida, refugio y otras necesidades de vida". Beers (1975, p. 139) (citando *Shapiro vs. Thompson*, 394 U.S. 618, p. 627 [1969]).

¹¹¹ Véase *Heckler vs. Mathews*, 465 U.S. 728, 739 (1984).

¹¹² Las determinaciones de separabilidad difieren de las otras cuestiones correctivas discutidas en esta parte porque no comprenden dos formas diferentes de resolver un problema constitucional. Más bien, involucran a jueces que determinan qué más eliminar una vez que una disposición ha sido invalidada. Si tales determinaciones se consideran discrecionales o no, dependerá de la teoría que se sostenga de por qué los jueces pueden declarar disposiciones inseparables en primer lugar. Véase Fish (2015, p. 1323). Para mayor discusión, ver *infra*, parte 6.3.

¹¹³ Para una exposición más amplia de la historia de la cláusula de la separabilidad, véase Fish (2015, pp. 1300-1309); Klukowski, (2011, pp. 10-30).

estatuto creado en ausencia de [la provisiones inconstitucionales] es legislación que el Congreso no habría promulgado".¹¹⁴ Cada una de estas pruebas llega a la cuestión de si declarar las disposiciones inseparables promoverá el propósito legislativo. Si derogar la disposición inconstitucional deformará el resto del estatuto de modo que ya no se ajuste a las intenciones del Congreso, o si éste no lo hubiera promulgado, entonces el resto del estatuto debe ser derogado. En contraste, un enfoque de restricción editorial a la separabilidad negaría a los jueces el poder de decidir qué queda y qué se va de acuerdo con su lectura de la voluntad legislativa. Esto podría lograrse mediante un enfoque que trate a todas las disposiciones como separables, de modo que cuando una disposición sea derogada, los jueces no puedan invalidar otras sin la instrucción de la legislatura.¹¹⁵ O podría lograrse haciendo que las disposiciones no sean separables, de modo que cuando una disposición sea derogada el estatuto entero caiga con ella (Campbell, 2011, p. 54). Pero la doctrina federal no ha adoptado ninguna de estas estrategias de restricción editorial, y en su lugar adopta la lógica de la preservación de propósitos.

Con todo, existe una extraña desconexión entre la doctrina y la práctica en las decisiones de separabilidad de la Corte Suprema. Oficialmente, cada vez que deroga una disposición, puede escudriñar en el resto del estatuto para ver qué más debe ser expulsado, de acuerdo con su comprensión de los propósitos de la legislatura; pero, en la práctica, la moderna Corte Suprema rara vez declara inseparables las disposiciones jurídicas. Antes de 1940, lo hizo con cierta frecuencia, pero desde entonces ha encontrado que los estatutos son inseparables en un sólo caso que involucra una ley federal y solamente un puñado más de leyes estatales (Fish, 2015, p. 1303). La Corte ha sido criticada en ocasiones por esta reticencia, por ejemplo, en casos de veto legislativo, con comentaristas

¹¹⁴ *Alaska Airlines, Inc. vs. Brock*, 480 U.S. 678, 685 (1987); *accord Immigration & Naturalization Serv. vs. Chadha*, 462 U.S. 919, 931-32 (1983); *Champlin Ref. Co. vs. Corp. Comm'n of Okla.*, 286 U.S. 210, 234 (1932). Existe un tercer test: observar si la parte restante de ley puede operar de manera independiente de la porción separada. Pero esta prueba es bastante estrecha, y se ha enfatizado en casos recientes. Véanse, por ejemplo, *Alaska Airlines*, 480 U.S. p. 684; Fish (2015, p. 1332).

¹¹⁵ Para estudiosos que abogan por tal enfoque, véase Dorsey (2012); Fish (2015); Walsh (2010).

que argumentan que los estatutos divididos no se habrían promulgado sin provisiones de veto legislativo.¹¹⁶ En las últimas décadas también ha adoptado una presunción predeterminada de separabilidad, de modo que se supone que las disposiciones jurídicas son separables a menos de que exista una clara evidencia de lo contrario, revirtiendo la previa presunción de inseparabilidad de la Corte.¹¹⁷ Ya sea debido a esta presunción, o por una reticencia general de tachar con pluma roja disposiciones jurídicas válidas, o ambas, la contemporánea Corte Suprema encuentra muy pocas leyes inseparables. Por tanto, si bien la doctrina oficial de la separabilidad se lee como un caso de manual de preservación de propósitos, en la práctica, la Corte parece haber aceptado la restricción editorial.

4.3 Invalidación de las leyes mismas o de una aplicación

Cuando la Corte Suprema decide si debe derogar una provisión por sí misma o por su aplicabilidad, está decidiendo si invalidar toda una provisión o sólo declarar que no es aplicable a ciertos tipos de casos. La doctrina oficial de la Corte al respecto sigue la lógica de la restricción editorial —establece un preferencia estricta por las impugnaciones de aplicabilidad, previniendo, en consecuencia, a los tribunales de ejercer el juicio creativo al decidir si derogar todo un estatuto o sólo una aplicabilidad—. Como la Corte anunció en *United States vs. Salerno*, en impugnaciones acerca de la ley "el impugnador debe establecer que no hay un conjunto de circunstancias en los que la Ley sería válida".¹¹⁸ Por tanto, los tribunales que practican la revisión judicial sólo pueden crear una excepción a la aplicabilidad del estatuto relevante, a menos que el estatuto no cuente con alguna posible aplicación válida. La Corte Suprema ha justificado esta fuerte desaprobación a las impugnaciones a las leyes al sostener que

van en contra del principio fundamental de la restricción judicial que establece que los tribunales no deberían 'anticiparse a una cuestión de derecho constitucional con ante-

¹¹⁶ Véase Campbell (2011, pp. 1523-1524); Smith (1987, pp. 407-419); Tribe (1984, p. 22).

¹¹⁷ Compárese *Regan vs. Time, Inc.*, 468 U.S. 641, 653 (1984) con *Williams vs. Standard Oil Co.*, 278 U.S. 235, 242 (1929).

¹¹⁸ 481 U.S. 739, 745 (1987).

lación a la necesidad de decidirla' ni 'formular una norma de derecho constitucional más amplia de lo que requieren los hechos precisos a los que se debe aplicar'.¹¹⁹

Dicho lenguaje resuena fuertemente en los temas de la restricción editorial: los jueces deberían atenerse a los hechos que se presentan ante ellos, y no hacer más de lo que es necesario para decidir un caso.

Entonces, los tribunales que enfrentan la invalidación de las disposiciones, como lo hacen las decisiones de separabilidad, determinan cuál remedio sirve mejor al propósito legislativo. Este enfoque distinto parece un tanto extraño, tomando en consideración cuán similar es la separabilidad con la distinción entre la impugnación sobre las leyes y la impugnación a su aplicación. Ambos tipos de casos involucran a un tribunal decidiendo, una vez que una violación constitucional ha sido encontrada, si debe eliminar ulteriores partes del estatuto –en casos de separabilidad deben derogar las provisiones válidas, mientras que en la impugnación a las leyes deben derogar aplicaciones válidas (o potencialmente válidas)–. De hecho, varios académicos han relacionado la separabilidad y las impugnaciones con las leyes, tratándolas como si implicaran las mismas cuestiones básicas.¹²⁰ La propia Corte Suprema lo ha hecho, al discutir indistintamente la separabilidad de las disposiciones y las aplicaciones.¹²¹ Esta esencial semejanza provoca que el enfoque doctrinal se centre en la preservación de propósitos respecto de cuestiones de separabilidad y restricción editorial cuando se trata de impugnaciones a las leyes difíciles de comprender. En todo caso, los enfoques deberían revertirse. El argumento a favor de la restricción editorial es más fuerte para la doctrina de la separabilidad, dado que faculta a los jueces a buscar disposiciones inseparables en cualquier otro lugar del estatuto (o tal vez incluso en el código legislativo), mientras que las impugnaciones a las leyes

¹¹⁹ Wash. State Grange vs. Wash. State Republican Party, 552 U.S. 442, 450 (2008) (citando Ashwander vs. Tenn. Valley Auth., 297 U.S. 288, 346-47 (1936) [Brandeis, J., concurriendo]).

¹²⁰ Véase, por ejemplo, Fallon, Jr. et al. (2003, p. 182); Dorf (1994, pp. 149-251); Metzger (2005, p. 886); Stern (1937, pp. 78-79); Vermeule (1997, p. 1950).

¹²¹ Véase, por ejemplo, Ayotte vs. Planned Parenthood, 546 U.S. 320, 328-29 (2006); United States vs. Booker, 543 U.S. 220, 320 (2005) (Thomas, J., disidente en parte).

limitan a los jueces sólo a la disposición que se está litigando (Fish, 2015, pp. 1316-1317).¹²²

Sin embargo, la doctrina oficial permite algunas excepciones a esta preferencia por las impugnaciones de aplicación, una de ellas es la relacionada con los casos de amplitud excesiva de la Primera Enmienda. Si un estatuto prohíbe algún discurso protegido constitucionalmente, y también prohíbe alguno no protegido, la Corte revocará la ley misma. Esto se debe a que una ley excesivamente amplia en la prohibición de un discurso puede inhibir el discurso protegido, puesto que los potenciales locutores no sabrán en dónde se traza la línea constitucional con antelación al litigio.¹²³ Existe otra excepción para los estatutos promulgados con propósitos inconstitucionales. Tales estatutos pueden ser eliminados en sí mismos, incluso si tienen aplicaciones válidas, en razón de la intención inconstitucional de la legislatura (Dorf, 1994, pp. 279-280). Por ejemplo, en *Edwards vs. Aguillard*, la Corte Suprema derrocó una ley de Luisiana que proveía la enseñanza del creacionismo en las escuelas, y lo hizo sobre la propia legislación puesto que su propósito era promover la religión.¹²⁴ Las dos excepciones pueden entenderse por referencia al concepto de evasión de la ironía discutido anteriormente.¹²⁵ En ambos tipos de casos, seguir la regla normal y atender únicamente impugnaciones a las aplicaciones sólo producirá ironía constitucional. En casos de amplitud excesiva, dejaría a las personas temerosas de ejercer los mismos derechos que se protegen, y en casos de propósito inconstitucional, preservaría un estatuto destinado a violar la norma constitucional que se está haciendo cumplir. Por tanto, las excepciones pueden entenderse como derechos limitados para normas constitucionales en un esquema doctrinal que generalmente enfatiza la restricción editorial.

¹²² Discute varias posibles unidades de análisis de la separabilidad: la ley, el acto y el código.

¹²³ Véase *Virginia vs. Hicks*, 539 U.S. 113, 119 (2003). Como varios estudiosos han destacado, la justificación de la doctrina de la amplitud excesiva no se limita al contexto de la Primera Enmienda, aunque la Corte aún debe expandirla explícitamente más allá de ese contexto. Véanse Dorf (1994, pp. 264-268); Fallon, Jr. (1991, p. 884); Salerno, 481 U.S. p. 745 ("No hemos reconocido una doctrina de amplitud excesiva fuera del contexto limitado de la Primera Enmienda"); Schall vs. Martin, 467 U.S. 253, pp. 268-269 n.18 (1984).

¹²⁴ 482 U.S. 578 (1987).

¹²⁵ Véase *supra* sección 3.3.

No obstante, la verdadera práctica de la Corte Suprema concerniente a la impugnación de las leyes mismas no se ajusta siquiera mínimamente con la doctrina oficial. Mientras que en Salerno parece que se establece una preferencia estricta por las impugnaciones de aplicaciones, la Corte de hecho, de manera frecuente, atiende impugnaciones a las propias leyes, incluso más allá de las dos circunstancias ya discutidas. Esto ha sido observado por varios académicos, en particular, Richard Fallon ha demostrado que la Corte Suprema de manera regular atiende impugnaciones a las leyes.¹²⁶ La desconexión entre la doctrina y la práctica incluso ha sido señalada por miembros de la propia Corte. Los jueces Stevens, Ginsburg y Scalia, en diversas circunstancias, han reprochado a sus colegas por no cumplir con la preferencia declarada por las impugnaciones a las aplicaciones.¹²⁷ Ésta es una inversión interesante del patrón visto en la doctrina de separabilidad de la Corte. En el contexto de la separabilidad, la Corte pretende adoptar la preservación de propósitos, pero en la práctica casi nunca considera que los estatutos sean inseparables, y en el contexto de las impugnaciones a las leyes pretende adoptar la restricción editorial, pero en la práctica comúnmente permite las impugnaciones a las leyes. Sin embargo, como ha observado Fallon, la elección entre impugnaciones a las leyes y a las aplicaciones está ampliamente impulsada por cuestiones doctrinales específicas en cada caso, y no por una preocupación general por el propósito de la ley.¹²⁸

¹²⁶ Fallon (2011, p. 918); ("En todos esos Términos, la Corte adjudicó más impugnaciones a las leyes sobre el fondo de lo que lo hizo a las impugnaciones sobre las aplicaciones"); véase también Dorf (1994, pp. 236, 238); Fallon (2000, p. 1323); Isserles (1998, p. 439).

¹²⁷ Véase, por ejemplo, *Shelby Cty. vs. Holder*, 133 S. Ct. 2612, 2648 (2013) (Ginsburg, J., disidente); *Citizens United vs. Fed. Election Comm'n*, 558 U.S. 310, 398-405 (2010) (Stevens, J., concurre y disiente en parte) (argumenta que el caso debería ser decidido como si se tratase de una impugnación a una aplicación de la ley); *Gonzales vs. Carhart*, 550 U.S. 124, 187 (2007) (Ginsburg, J., disidente); *Chicago vs. Morales*, 527 U.S. 41, 81 (1999) (Scalia, J., disidente); *Janklow vs. Planned Parenthood*, 517 U.S. 1174, 1175 (1996) ("Stevens, J., respecto de la negación de petición de *certiorari*) (Si bien una impugnación a la ley puede ser más difícil de entamar que una impugnación a la aplicación, el dictamen en Salerno "no caracteriza con precisión el estándar para decidir las impugnaciones a la ley" y "no refleja con precisión la práctica de la Corte con respecto a las impugnaciones a la ley, ni es coherente con una amplia gama de principios jurídicos") (citando a Dorf, 1994, pp. 236, 238); *Ada vs. Guam Soc'y of Obstetricians & Gynecologists*, 506 U.S. 1011 (1992) (Scalia, J., disidente) (sostiene que las impugnaciones de leyes que restringen el aborto deberían ser decididas a la luz del test de Salerno "ningún conjunto de circunstancias").

¹²⁸ Véase, en general, Fallon (2000 y 2011); en consenso Dorf (1994).

Sin embargo, uno podría imaginar una doctrina de impugnación a las leyes que siga la lógica de la preservación de propósitos; al igual que la doctrina de separabilidad, la doctrina de impugnación a las leyes podría instruir a los tribunales a cuestionar si la ley aún promueve los propósitos previstos de la legislatura con ciertas aplicaciones descartadas. De hecho, varias de las decisiones de la Corte apuntan a tal enfoque.¹²⁹ En *Northern Pipeline*, la Corte Suprema decidió que los tribunales de bancarrota no podían resolver sobre reclamaciones de contratos de la ley estatal,¹³⁰ pero también eliminó la jurisdicción de los tribunales de bancarrota sobre otros tipos de casos, dado que concluyó que el Congreso no habría preservado esas otras áreas de jurisdicción si hubiera sabido que la jurisdicción sobre reclamos contractuales era inconstitucional.¹³¹ Del mismo modo, en *Butts vs. Merchants and Miners Transportation Co.*, la Corte tuvo que decidir si la Ley de Derechos Civiles de 1875 era aplicable en los territorios federales y en las embarcaciones estadounidenses, cuando anteriormente se la había derogado, pues era aplicable a la actividad en los estados;¹³² la Corte concluyó que el Congreso no habría aprobado la Ley de Derechos Civiles si hubiera sabido que sólo se aplicaría a los territorios y a las embarcaciones.¹³³ Estos casos parecen establecer el principio de que el Congreso no hubiera querido un recordatorio idiosincrásico —si se deroga un estatuto en cuanto a la gran mayoría de aplicaciones, el tribunal no debería mantenerlo para los pocos restantes casos, porque hacerlo sería contrario a los propósitos del Congreso—. Sin embargo, la Corte no ha declarado de manera explícita esta idea como doctrina ni, en términos más generales, ha acogido la preservación de propósitos como una teoría imperante para las impugnaciones a las leyes en ningún tipo de declaración general y prospectiva. Salerno sigue siendo la regla oficial, y la Corte no parece reconocer el conflicto entre éste y los casos que utilizan el análisis basado en la preservación de propósitos.

¹²⁹ Véase, por ejemplo, *Ayotte vs. Planned Parenthood*, 546 U.S. 320, 330 (2006); *United States vs. Nat'l Treasury Emps. Union*, 513 U.S. 454, p. 479 (1995); *Sloan vs. Lemon*, 413 U.S. 825, p. 834 (1973).

¹³⁰ *N. Pipeline Constr. Co. vs. Marathon Pipe Line Co.*, 458 U.S. 50, p. 87 n.40 (1982).

¹³¹ *Idem*.

¹³² 230 U.S. p. 126 (1913).

¹³³ *Ibidem*, p. 138 (1913).

4.4 Evasión constitucional

La Corte Suprema ha sostenido por mucho tiempo que existen dos maneras de interpretar una ley, una que crea una violación constitucional y otra que no lo hace, de modo que un juez debería adoptar una interpretación que haga a la ley ser constitucional.¹³⁴ La doctrina de la evasión constitucional se ha vuelto canónica hasta el punto en que la Corte ha manifestado que está "más allá de todo debate".¹³⁵ Y, tanto como en Inglaterra, el canon de evasión es obligatorio para los tribunales estadounidenses: "debe recurrirse a toda construcción razonable para salvar al estatuto de la inconstitucionalidad".¹³⁶ La clásica formulación del canon evasivo no parece presentar conflicto entre la restricción editorial y la preservación de propósitos. De hecho, ignora cualquier conflicto de este tipo –si ambas interpretaciones posibles son igualmente plausibles, entonces elegir la interpretación constitucional no puede entrar en conflicto con el propósito legislativo–.¹³⁷ Además, la evasión constitucional es formalmente una cuestión de méritos, no una cuestión correctiva, puesto que determina el significado del estatuto en lugar de cambiarlo para hacerlo constitucional. Si bien la evasión realiza el mismo trabajo que un remedio constitucional, se entiende que se trata simplemente de una herramienta de interpretación.¹³⁸

¹³⁴ Véase, por ejemplo, *Ashwander vs. Tenn. Valley Auth.*, 297 U.S. 288, 348 (1936) (Brandeis, J., concurriendo). Los usos modernos del canon de evasión han eliminado el requisito de una violación real, sostiene que las dudas constitucionales son suficientes para provocar una lectura de evasión. Véase *United States vs. Del. & Hudson Co.*, 213 U.S. 366, 389 (1909); Katyal y Schmidt (2015), p. 2117; Vermeule (1997, p. 1949).

¹³⁵ *Edward J. DeBartolo Corp. vs. Fla. Gulf Coast Bldg. & Constr. Trades Council*, 485 U.S. 568, p. 575 (1988); véase también *Spector Motor Serv. vs. McLaughlin*, 323 U.S. 101, p. 105 (1944).

¹³⁶ *DeBartolo*, 485 U.S. p. 575 (citando *Hooper vs. California*, 155 U.S. 648, 657 [1895]); véase también *Virginia vs. Am. Booksellers Ass'n*, 484 U.S. 383, p. 397 (1988); *United States vs. Batchelder*, 442 U.S. 114, p. 122 (1979).

¹³⁷ De hecho, en ocasiones, la Corte incluso ha sugerido que el canon de evasión es la regla general para determinar la intención legislativa. Véase, por ejemplo, *Clark vs. Martinez*, 543 U.S. 371, p. 382 (2005) ("El canon es, por tanto, un medio para dar efecto a la intención del Congreso, no para subvertirlo"); *Rust vs. Sullivan*, 500 U.S. 173, p. 191 (1991) ("Este canon se sigue por respeto al Congreso, que asumimos legisla a la luz de las limitaciones constitucionales").

¹³⁸ Pero véase *United States vs. Booker*, 543 U.S. 220, p. 249 (2005) (refiriéndose a la interpretación de evasión propuesta por los disidentes como un "remedio"); *idem.* en p. 292 (Stevens, J., disidente en parte) (igual); *United States vs. Marshall*, 908 F.2d 1312, p. 1318 (7o. Cir. 1990) ("El canon sobre evitar decisiones constitucionales, en particular, debe usarse con cuidado, ya que es un primo más cercano a la invalidación que a la interpretación. es una forma de hacer cumplir la penumbra constitucional y, por tanto, un aspecto del derecho constitucional propiamente dicho"); Roach (1994, p. 14) ("Aunque interpretar un estatuto no

No obstante, en la práctica, el canon evasivo no funciona meramente como una interpretación para desempates. En una cantidad de casos en la Corte Suprema se trata de un medio para efectivamente modificar el significado del estatuto (Katyal y Schmidt, 2015). Algunos casos de alto perfil ilustran este uso. En *Northwest Austin Municipal Utility District Number One vs. Holder*, la Corte interpretó la frase "subdivisión política" en la sección V de la Ley de Derechos Electorales como incluyendo pequeños distritos de servicios públicos, incluso si el estatuto explícitamente definió el término de modo que excluía a dichas entidades.¹³⁹ Los comentaristas han destacado que esta interpretación era altamente implausible.¹⁴⁰ La Corte también lo adoptó para evitar tener que decidir sobre la constitucionalidad de la Ley de Derechos Electorales.¹⁴¹ En un caso posterior, *National Federation of Independent Business vs. Sebelius*, la Corte fue incluso más transparente,¹⁴² en éste, interpretó una disposición que multaba a las personas por no adquirir un seguro de salud como si se tratase de un gravamen, en lugar de un mandato, lo que la hace constitucionalmente admisible bajo el poder de imposición taxativa del Congreso.¹⁴³ Sin embargo, en la opinión mayoritaria expresada por el presidente de la Corte, el juez Roberts, se señaló de manera explícita que la disposición se leía de manera más natural como un mandato, y que sólo podría interpretarse como un impuesto porque como un mandato sería inconstitucional.¹⁴⁴ Por tanto, la Corte reconoció que, con el pretexto de la interpretación, estaba cambiando el significado del estatuto para evitar encontrarlo inconstitucional. Tales casos son un desarrollo novedoso —la Corte ha utilizado el canon de evasión para reescribir las leyes desde hace algún

es técnicamente un remedio para una violación constitucional, es, en un sentido funcional, una alternativa a la invalidación de un potencial derecho inconstitucional").

¹³⁹ 557 U.S. 193 (2009).

¹⁴⁰ Véase, por ejemplo, Adler (2013, p. 174); Crum (2010, p. 1996); Hasen (2009, p. 181); Katyal y Schmidt (2015, pp. 2129-2134); Gerken (2012).

¹⁴¹ Sin embargo, la Corte tocó la cuestión en un caso subsecuente, *Shelby County vs. Holder*, 133 S. Ct. 2612 (2013).

¹⁴² 132 S. Ct. 2566 (2012).

¹⁴³ *Ibidem*, p. 2600.

¹⁴⁴ *Ibidem*, pp. 2600-2601 ("[E]l estatuto se lee con mayor naturalidad como un mandato para comprar un seguro que como un impuesto, y lo mantendría como un mandato si la Constitución lo permitiera [...] es sólo porque tenemos el deber de interpretar un estatuto para salvaguardarlo, si es bastante posible, que § 5000A puede interpretarse como un impuesto").

tiempo, incluso si no había anunciado antes que lo estaba haciendo—. ¹⁴⁵ Bajo esta luz, la regla categórica que favorece las lecturas de evasión asume la lógica de la restricción editorial —al igual que en Inglaterra, los tribunales estadounidenses evitan invalidar las leyes siempre que sea posible al extender su significado para huir de un problema constitucional—. ¹⁴⁶ Incluso si una interpretación es contraria a las pretensiones de la legislatura, será adoptada si es suficientemente plausible y elude el problema constitucional (Vermeule, 1994). ¹⁴⁷ Por ende, los tribunales evitan asumir el ulterior grado de poder editorial requerido para derogar el estatuto, y se mantienen en la esencial práctica judicial de interpretar leyes en vez de recurrir a la más legislativa práctica de derogarlas.

Si la evasión constitucional no es tratada como un desempate entre interpretaciones plausibles, sino como una forma de reinterpretar un estatuto para hacerlo constitucional, eso también abre la posibilidad de un enfoque de preservación de propósitos para la evasión. En lugar de adoptar siempre la interpretación de evasión, como parece requerir el lenguaje imperativo en estos casos, ¹⁴⁸ un tribunal de revisión podría considerarlo junto con posibles remedios como la invalidación, y adoptar la solución que mejor promueva los propósitos de la legislatura promulgante. De hecho, la Corte Suprema hizo precisamente esto en *United States vs. Booker*; ¹⁴⁹ en éste determinó que la Ley de Reforma a las Sentencias violaba el derecho consolidado en la Sexta Enmienda a un juicio por jurado. La ley creó un sistema de pautas para sentencias que hizo que ciertos hechos encontrados por el juez condujeran a un aumento forzoso en la sentencia del acusado, sin requerir que esos hechos sean probados ante un jurado.

¹⁴⁵ Véase, por ejemplo, Frickey (2005, pp. 460-461); Schauer (1995, pp. 74-80). Los jueces de la Corte también han señalado comúnmente cuando sus colegas hacen un uso liberal del canon de evasión. Véase, por ejemplo, *Bond vs. United States*, 134 S. Ct. 2077, pp. 2095, 20-97 (2014) (Scalia, J., concurriendo); *Skilling vs. United States*, 130 S. Ct. 2896, 2939-41 (2010) (Scalia, J., concurriendo en parte y concurriendo en el juicio); *United States vs. X-Citement Video, Inc.*, 513 U.S. 64, p. 80 (1994) (Scalia, J., disintiendo); *Welsh vs. United States*, 398 U.S. 333, p. 345 (1970) (Harlan, J., concurriendo en el resultado); *Int'l Ass'n of Machinists vs. Street*, 367 U.S. 740, pp. 785-786 (1961) (Black, J., disintiendo).

¹⁴⁶ Véase *supra* sección 3.1.

¹⁴⁷ Argumenta que el canon de evasión protege en demasía a las normas constitucionales a expensas de la intención legislativa.

¹⁴⁸ Véanse los casos citados *supra* nota 136.

¹⁴⁹ 543 U.S. 220 (2005).

No obstante, después de que se estableció esta violación, los jueces no coincidieron respecto de cuál era el remedio adecuado. El juez Stevens quería adoptar una interpretación evasiva, al interpretar la palabra *tribunal* en la ley como "juez y jurado", y no sólo "juez".¹⁵⁰ Esto habría significado que cualquier mejora de las directrices debe ser probada ante un jurado más allá de toda duda razonable, como debe ser con cualquier otro elemento de un delito. En cambio, el juez Breyer argumentó que ciertas disposiciones de la ley deberían ser eliminadas y otras consideradas inseparables para hacer que las directrices de sentencia sean orientadoras, de modo que los factores de intensidad ya no causen un aumento forzoso en la sentencia.¹⁵¹ Cada juez argumentó su respectiva solución al tratar de demostrar que la misma encajaba mejor con los objetivos proclamados por el Congreso al aprobar la Ley de Reforma a las Sentencias, y que la solución alternativa contradeciría las elecciones que tomó el Congreso.¹⁵² Finalmente, el juez Breyer redactó la opinión mayoritaria sobre la cuestión correctiva. Entonces, la Corte determinó que el remedio de evasión propuesto por el juez Stevens generaría un resultado que se alejaría aún más de las intenciones del Congreso de lo que lo haría derogar porciones del estatuto y, por ende, optó por la invalidación parcial. En suma, en *Booker* la Corte adoptó la lógica de la preservación de propósitos para rechazar una lectura evasiva de una ley.

4.5 Solicitar un remedio legislativo

Una última cuestión correctiva a considerar es si, y cuándo, la Corte Suprema solicita un remedio por parte de la legislatura en turno en vez de imponerlo ella misma. La búsqueda de un remedio legislativo podría considerarse consistente tanto con la restricción editorial como con la preservación de propósitos, puesto que significa que la Corte no debe cambiar el estatuto, y también que la legislatura puede seleccionar el remedio que mejor promueva sus propios

¹⁵⁰ *Ibidem* en p. 286 (Stevens, J., disintiendo en parte) (Como una cuestión textual, la palabra *tribunal* ciertamente puede leerse como incluyendo la selección de un juez de una oración según lo respaldado por un veredicto del jurado; esta lectura es plausible ya sea como un asunto puro de construcción jurídica o de acuerdo con principios de evasión constitucional).

¹⁵¹ *Ibidem* en pp. 258-265 (opinión mayoritaria).

¹⁵² *Ibidem* en pp. 247-249 y p. 292 (Stevens, J., disintiendo en parte).

objetivos.¹⁵³ Inglaterra y Canadá han establecido mecanismos con este fin. En Inglaterra se trata de la última opción si no es posible adoptar una interpretación evasiva –el tribunal revisor sólo puede emitir una declaración de incompatibilidad no vinculante, y, en forma consecuente, solicitar a la legislatura que enmiende el estatuto que infringe derechos–¹⁵⁴ En Canadá, los tribunales tienen el poder de invalidar o, de otro modo, arreglar, las leyes inconstitucionales, pero en ocasiones postergan la implementación del remedio para permitir a la legislatura elaborar uno propio. En Schachter, la Suprema Corte de Canadá declaró que tal demora es permisible si es probable que el remedio cause un daño grave que una solución legislativa ayudaría a aliviar.¹⁵⁵ En contraste, en Estados Unidos, la Corte Suprema prácticamente nunca solicita un remedio ante una violación constitucional o retrasa su propio remedio para dejar lugar a que la legislatura actúe. Si bien en ocasiones la Corte remite los asuntos correctivos a los tribunales estatales,¹⁵⁶ rara vez los consigna a las legislaturas estatales, y mucho menos al Congreso. El intento más notable de solicitar de manera explícita un remedio legislativo se encuentra en *Northern Pipeline Construction Co. vs. Marathon Pipe Line Co.*,¹⁵⁷ en el que la Corte prorrogó su remedio durante varios meses para darle al Congreso la oportunidad de aprobar una nueva ley.¹⁵⁸ Este intento fracasó de manera rotunda.

En *Northern Pipeline*, la Corte Suprema sostuvo que el sistema de tribunales de bancarrota establecido por la Ley de Bancarrota de 1978 era inconstitucional.¹⁵⁹

¹⁵³ Por supuesto, un remedio sólo puede solicitarse a la legislatura contemporánea, que generalmente tendrá una composición diferente de la legislatura que promulgó el estatuto. Para más información sobre por qué es importante esta distinción, véase *infra* sección 6.4.

¹⁵⁴ Véase *supra* notas 30-36 y el texto que las acompaña.

¹⁵⁵ *Schachter vs. Canadá*, [1992] 2 S.C.R. 679, 719 (Can.). Sudáfrica tiene un enfoque similar. Véase *Langa* (1997, pp. 1274-1275). De hecho, la Constitución de Sudáfrica explícitamente permite a los jueces postergar los remedios. Véase Constitución de Sudáfrica, 1996, §172 (permite "una orden que suspende la declaración de invalidez por cualquier periodo y bajo cualquier condición, para permitir que la autoridad competente corrija el defecto").

¹⁵⁶ Véase *infra* sección 6.2.

¹⁵⁷ 458 U.S. 50, pp. 87-89 (1982).

¹⁵⁸ La Corte también postergó el remedio en *Buckley vs. Valeo*, por 30 días. 424 U.S. 1, 144 (1976). Sin embargo, esa demora no parece haber tenido la intención de solicitar una solución legislativa, sino más bien darle a la Comisión Federal de Elecciones tiempo para ejercer sus poderes.

¹⁵⁹ *Northern Pipeline*, 458 U.S. p. 87.

La Corte determinó que a los jueces de bancarrota se les habían otorgado los poderes del artículo III sin haber recibido también las protecciones de tal artículo, como la plaza vitalicia y la inmunidad contra la disminución de salario.¹⁶⁰ Reconociendo cuán vastos eran los intereses de confianza en este caso, la Corte decidió hacer que su remedio no fuera retroactivo y suspender su sentencia durante casi tres meses, para "brindarle al Congreso la oportunidad de reconstituir los tribunales de bancarrota o adoptar otros medios válidos de adjudicación, sin perjudicar la administración interina de las leyes de bancarrota".¹⁶¹ Cuando esta suspensión casi había terminado, el procurador general solicitó una prórroga, y la Corte otorgó una por cerca de tres meses más.¹⁶² Cuando la prórroga casi terminó, el procurador pidió otra, que fue denegada.¹⁶³ Mientras tanto, el Congreso no había reemplazado el sistema invalidado de tribunales de bancarrota, puesto que la Cámara de Representantes y el Senado habían llegado a un *impasse* de soluciones en conflicto (Lewin, 1982).¹⁶⁴ Y así, en cambio, en la Navidad de 1982 (el día después de que la sentencia de la Corte Suprema entró en vigencia), la Conferencia Judicial de los Estados Unidos estableció una "regla de emergencia" que instó a los circuitos federales a adoptar (King, 1983, pp. 115-116). La regla hizo que los jueces de bancarrota fueran el equivalente de *special masters*¹⁶⁵ –los jueces federales de distrito podrían remitirles los casos de bancarrota, pero todas sus conclusiones serían revisadas *de novo*–. Por tanto, el propio Poder Judicial diseñó una solución temporal, aunque en ese momento muchos creían que hacerlo estaba más allá de sus poderes (King, 1983, pp. 116-117).¹⁶⁶ La regla de emergencia fue impugnada ante los tribunales federales,

¹⁶⁰ *Ibidem*, pp. 61-62.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 88.

¹⁶² *N. Pipeline Constr. Co. vs. Marathon Pipe Line Co.*, 459 U.S. p. 813 (1982) (concediendo estancia hasta diciembre 24 de 1982).

¹⁶³ *N. Pipeline Constr. Co. vs. Marathon Pipe Line Co.*, 459 U.S. p. 1094 (1982) (denegando estancia).

¹⁶⁴ "Esa cuestión se ha convertido en política, sin embargo, con el Senado, la Cámara de Representantes y la Conferencia Judicial de los Estados Unidos, se comprometieron cada uno con una respuesta diferente".

¹⁶⁵ Nota del traductor: No existe una traducción adecuada en el castellano para dicha institución. En el derecho estadounidense, un *special master* es un oficial subordinado y apuntado por un juez para dar cumplimiento al cumplimiento de las órdenes judiciales.

¹⁶⁶ También Lewin (1982) ("Las reglas estarán vigentes hasta que el Congreso encuentre una manera de lidiar con la decisión del Tribunal Supremo del 28 de junio de que la ley federal de bancarrota es inconstitucional o hasta que las reglas provisionales se consideren ilegales, como muchos abogados constitucionalistas creen que lo serán").

y varios tribunales de apelaciones la confirmaron, aunque la Corte Suprema nunca otorgó una revisión de *certiorari* del tema.¹⁶⁷ Finalmente, el Congreso promulgó una solución legislativa casi dos años después de la decisión en Northern Pipeline –la Ley de Enmiendas de Bancarrota y Juicios Federales de 1984–.¹⁶⁸ Este episodio ilustra cuán difícil es para los jueces obligar al Congreso a actuar dentro de un intervalo de tiempo, incluso cuando las consecuencias de esa pasividad sean potencialmente catastróficas (Christiansen y Eskridge, 2014, p. 1317).¹⁶⁹ Esto también puede ayudar a explicar por qué la Corte Suprema no ha intentado solicitar una solución legislativa a una violación constitucional desde Northern Pipeline.

Aunque en ocasiones la Corte ha dado señales de advertencia, apuntando al Ejecutivo y al Legislativo que pretenden declarar inconstitucional alguna ley en un futuro cercano, a menos que se presente una enmienda legislativa. Richard Re (2014) se refiere a esta estrategia como "la doctrina de la última oportunidad". La Corte lo empleó de manera prominente en Northwest Austin Municipal Utility District No. 1 vs. Holder ("NAMUDNO"), en el que los comentaristas consideraban que la adopción de una inverosímil interpretación evasiva –a la que se sumaron tanto miembros liberales como conservadores de la Corte– señalaba una fuerte probabilidad de que la Ley de Derechos Electorales pronto sería derogada a menos de que el Congreso promulgase una versión que se adaptase mejor a los patrones actuales de supresión de votos.¹⁷⁰ Esta solicitud *ex ante* de un recurso legislativo no provocó una acción legislativa, y la Corte persistió con su amenaza implícita.¹⁷¹ Se observa que la Corte adoptó una estrategia similar en otros casos importantes, tal vez más notablemente en los de detención –Rasul vs. Bush, Hamdan vs. Rumsfeld y Boumediene vs. Bush– en

¹⁶⁷ Véanse *Salomon vs. Kaiser*, 722 F.2d 1574 (2d Cir. 1983); *Coastal Steel Corp. vs. Tilghman Wheelabrator Ltd.*, 709 F.2d 190 (3o. Cir. 1983), cert. denegada, 464 U.S. 938 (1983); *White Motor Corp. vs. Citibank, N.A.*, 704 F.2d 254, 262 (6o. Cir. 1983); *First Nat'l Bank of Tekamah vs. Hansen*, 702 F.2d 728 (8th Cir. 1983) (*per curiam*), cert. denegada, 463 U.S. 1208 (1983); *Braniff Airways, Inc. vs. Civil Aeronautics Bd.*, 700 F.2d 214 (5o. Cir. 1983), cert. denegada, 461 U.S. 944 (1983); *Stewart vs. Stewart (In re Stewart)*, 741 F.2d 127, 130 (7o. Cir. 1984); *Okla. Health Servs. Fed. Credit Union vs. Webb*, 726 F.2d 624 (10o. Cir. 1984); *Lucas vs. Thomas (In re Thomas)*, 765 F.2d 926, 929 (9o. Cir. 1985).

¹⁶⁸ Pub. L. No. 98-353, 98 Stat. pp. 333, 345 (1984).

¹⁶⁹ Muestra que la anulación por parte del Congreso de decisiones estatutarias de la Corte Suprema, en la última década, han decaído dramáticamente.

¹⁷⁰ 557 U.S. 193 (2009); véase también *Crum* (2010, p. 1996); *Re* (2014, p. 175).

¹⁷¹ Véase *Shelby Cty. vs. Holder*, 133 S. Ct. 2612 (2013).

los que las decisiones de la Corte provocaron de manera repetida acciones del Congreso, que luego fueron revisadas nuevamente por el Corte de manera dialógica.¹⁷² En cierto modo, esta señalización *ex ante* es un poco más respetuosa de la legislatura que el enfoque de Northern Pipeline. En lugar de anunciar su fallo como una bomba de tiempo y darle al Congreso una cuenta regresiva para desactivarlo, la Corte le informa con anticipación que es probable que haya problemas constitucionales; en consecuencia, le otorga al Congreso tiempo, una justa advertencia, y una oportunidad para arreglar el problema, sin crear una dramática crisis.

5. ¿Cuál enfoque es mejor?

Las primeras tres partes del presente artículo han constituido un ejercicio de mapeo. Han demostrado que la selección de remedios constitucionales es una cuestión de discreción judicial, que esta discreción puede ejercerse por medio de la lógica de la restricción editorial o de la preservación de propósitos, y que la doctrina estadounidense de remedios constitucionales es una confusión de ambos enfoques. Esta sección argumenta que debemos seguir el ejemplo de Canadá y reconstruir la doctrina estadounidense de acuerdo con la lógica de la preservación de propósitos. Comienza con una crítica a la restricción editorial, mostrando que si bien funciona en un sistema en el que los jueces carecen del poder para cambiar las leyes, como el de Inglaterra, tiene poco sentido en un sistema con un mecanismo sólido de revisión judicial. Luego, se estructura una defensa de la preservación de propósito, argumentando que fomenta el valor del gobierno democrático.

5.1. La restricción editorial es principalmente formalismo vacuo

La restricción editorial está motivada por la intuición de que se supone que las legislaturas, y no los jueces, son quienes cambien las leyes. Los jueces en

¹⁷² *Boumediene vs. Bush*, 553 U.S. 723 (2008); *Hamdan vs. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006); *Rasul vs. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); véase también *Re* (2014, p. 177).

Inglaterra no pueden invalidar un estatuto que viole derechos –sólo pueden pedirle a la legislatura que ella lo haga–. Esta intuición conlleva también a otras elecciones de remedios. Agregar lenguaje a un estatuto parece más legislativo que derogarlo, derogarlo parece más legislativo que crear una excepción a una aplicación, y crear dicha excepción parece más legislativo que interpretar el estatuto para evitar un problema constitucional. En cada paso descendiente de la escala de remedios, la acción que toma el tribunal parece otorgarle menos cantidad de poder para modificar el estatuto. Y mientras menos poder editorial asume un juez, mejor. No obstante, esta intuición no se sostiene ante el escrutinio. La invalidación de leyes, reescribirlas, las excepciones a las aplicaciones y las interpretaciones evasivas, todas, involucran que haya un tribunal realizando la misma acción elemental –modificar el significado del estatuto para enmendar una violación constitucional–. De hecho, en la práctica es bastante difícil distinguir entre remedios. La idea de que cualquiera de ellos requiere que los tribunales asuman más poder legislativo que otro es, en gran medida, vacío formalismo.

Existe, sin embargo, una excepción. Cuando los jueces solicitan un remedio de la legislatura pertinente, ejercen efectivamente menor control editorial sobre la legislación que si sólo cambiaran el estatuto ellos mismos. Así, la confianza de Inglaterra en las declaraciones de incompatibilidad traza una línea coherente entre lo que es legislativo y lo que es judicial.¹⁷³ Si los jueces no pueden modificar los estatutos en lo absoluto, pero solamente pueden solicitar una corrección legislativa cuando encuentran una ley inconstitucional, entonces se preserva el monopolio de las legislaturas sobre la legislación. Pero una vez que nos alejamos del sistema inglés hacia un sistema que garantiza poder a los jueces para modificar estatutos, se rompe la lógica de la restricción editorial. De modo que Estados Unidos debe ser como Inglaterra y rechazar totalmente la forma fuerte de revisión constitucional, o abandonar el principio de restricción editorial.¹⁷⁴ No hay punto medio.

¹⁷³ Véase *supra* notas 30-36 y el texto que las acompaña.

¹⁷⁴ Nótese, no obstante, que incluso si Inglaterra no tiene un sistema que mantenga totalmente la restricción editorial en manos de la legislatura. La Ley de Derechos Humanos también permite (incluso exige) a los jueces adoptar interpretaciones evasivas de los estatutos, lo que otorga a los jueces un control editorial

Considérese primero la distinción entre agregar lenguaje a un estatuto y eliminar lenguaje. Intuitivamente, lo primero parece una intrusión más grave en la esfera legislativa. Por ejemplo, en *People vs. Liberta*, la Corte de Apelaciones de Nueva York reescribió efectivamente la ley de violación sexual de Nueva York, cambiando de "Un hombre es culpable de violación en primer grado cuando tiene relaciones sexuales con una mujer [...] por compulsión forzosa" a "Un hombre [o mujer] es culpable de violación en primer grado cuando él [o ella] tiene relaciones sexuales con una mujer [u hombre] [...] por compulsión forzosa".¹⁷⁵ ¿Existe alguna justificación para la intuición de que agregar palabras como en este caso supone una mayor asunción de poder legislativo que derogar el estatuto? Ambos posibles remedios cambian el estatuto, y es difícil articular por qué se produce un cambio más grave al agregar lenguaje que al eliminarlo. Esta dificultad se conforma del hecho de que la diferencia entre agregar y eliminar lenguaje está determinada por elecciones arbitrarias en la redacción legislativa. Si el estatuto hubiera sido escrito en términos neutrales en materia de género, con la frase agregada al final "excepto que una mujer no puede ser declarada culpable de violación, y un hombre no puede ser víctima de violación", entonces la Corte de Apelaciones de Nueva York podría haber logrado exactamente el mismo resultado al invalidar esa frase. Pero ¿por qué es mejor eliminar una excepción textual que una excepción atextual? Como observó la Suprema Corte de Canadá en *Schachter*, "sería una distinción arbitraria tratar de manera diferente a los estatutos que incluyen o excluyen palabras. Hacerlo crearía una situación en la que el estilo de redacción sería el único factor crítico en la determinación de un remedio".¹⁷⁶ Agregar lenguaje a un estatuto es una intrusión en el dominio legislativo tanto como lo es eliminar lenguaje –ambos involucran modificar el texto del estatuto, y la diferencia entre los dos se centra en el particular fraseo utilizado por la legislatura (Duclos y Roach, 1991, p. 34)–.

Esta visión también se extiende a otras categorías de remedios discutidas en este artículo.¹⁷⁷ Puesto que consisten en minimizar la intrusión judicial en la

sustancioso sobre los estatutos, al grado que algunos efectivamente los reescriben. 1998 c. 42 (UK). Véase *Ghaidan vs. Godin-Mendoza*, [2004] 2 AC 557 (HL) 560; *supra* notas 25-29.

¹⁷⁵ 474 N.E.2d 567, p. 570 (N.Y. 1984) (citando N.Y. PENAL L. § 130.35 [1984]).

¹⁷⁶ *Schachter vs. Canadá* [1992] 2 S.C.R. 679, 698 (Can.).

¹⁷⁷ Con la notoria excepción de la separabilidad, que será tratada aparte. Véase *infra* parte 6.3.

esfera legislativa, no existe diferencia significativa entre la invalidación de aplicaciones, invalidación a las leyes, interpretaciones evasivas y agregar lenguaje. De hecho, estas categorías se confunden entre sí en la práctica. Por ejemplo, derogar una aplicación efectivamente es agregar lenguaje a un estatuto al crear una excepción (Alexander, 2011, p. 448; Dorf, 1994, p. 249). Si un tribunal decide derogar la aplicación de un estatuto en el grupo X, esa decisión es equivalente a agregar la cláusula "este estatuto no se habrá de aplicar en el grupo X". El principio que distingue las impugnaciones a las propias leyes y las impugnaciones a sus aplicaciones también es difícil de discernir, ya que las primeras casi siempre definen un grupo más amplio que sólo el constituido por el demandante, lo que significa que un juez también debe decidir si el estatuto se aplica a las partes que no se han presentado ante el tribunal, como sería el caso de las impugnaciones a las aplicaciones (Dorf, 1994, p. 294; Fallon, 2011, pp. 922-925; Metzger, 2005, pp. 882-883). Consideremos las interpretaciones evasivas. Dependiendo del caso, éstas podrían ser caracterizadas como que agregan lenguaje al estatuto o como invalidaciones a aplicaciones del mismo. En Booker, por ejemplo, el remedio propuesto por el juez Stevens podría entenderse al interpretar que *tribunal* significa "juez y jurado" en toda la Ley de Reforma a las Sentencias, o al agregar la palabra jurado al estatuto (ya que el Congreso claramente pretendía que tribunal significara "juez").¹⁷⁸ Lo mismo es cierto para las opiniones en *NAMUDNO*,¹⁷⁹ *Sebelius*¹⁸⁰ y los muchos otros casos en los que la Corte efectivamente reescribió un estatuto al interpretarlo.¹⁸¹ Los casos que utilizan el canon de evasión para interpretar que un estatuto excluye una aplicación constitucionalmente problemática también podrían describirse como una impugnación a las aplicaciones.¹⁸² En resumen, todas estas categorías correctivas se confunden entre sí. Si uno atiende muy de cerca a las distinciones, se disuelven en el aire.

¹⁷⁸ Véase *supra* notas 175-177.

¹⁷⁹ 557 U.S. 193 (2009).

¹⁸⁰ 132 S. Ct. 2566 (2012).

¹⁸¹ Véase *supra* nota 145.

¹⁸² Véase, por ejemplo, *Bond vs. United States*, 134 S. Ct. 2077 (2014); *Skilling vs. United States*, 130 S. Ct. 2896 (2010); *United States vs. X-Citement Video, Inc.*, 513 U.S. 64 (1994); *Int'l Ass'n of Machinists vs. Street*, 367 U.S. 740 (1961); véase también Rogerson (1987, p. 248) ("Si bien los tribunales continúan describiendo la lectura acorde como una técnica de interpretación en lugar de invalidación, como cuestión práctica la lectura acorde es difícil de distinguir de un remedio que opera para declarar inconstitucionales aplicaciones particulares de una ley").

Entonces, ¿de qué manera alguno de estos remedios puede ser considerado un mayor ejercicio de poder legislativo que los demás?

Para resaltar este punto, téngase en cuenta que los jueces en realidad no cambian las palabras del texto cuando ejercen una revisión constitucional –sólo el Congreso puede hacer eso–.¹⁸³ Lo único que hace un tribunal es cambiar los efectos de la ley, al crear una brecha entre la redacción de los estatutos en los códigos y su significado en el mundo. Por tanto, declarar ciertas palabras inválidas, agregar otras, derogar aplicaciones o reinterpretar el estatuto, es mejor comprendido como medios sucintos útiles para que los jueces comuniquen cómo cambian el significado de un estatuto para corregir una violación constitucional. Una vez que entendemos que imponer un remedio constitucional es simplemente crear una brecha entre el significado textual y el efecto en el mundo real, entonces la distinción entre estos remedios se desvanece por completo. Las varias categorías correctivas son sólo estrategias diferentes para comunicar cómo se entenderá el estatuto en el futuro. Tratarlos como si de alguna manera fuesen diversas formas de funcionalmente al ejercer la revisión judicial, o preferir uno sobre otro porque aparenta una mayor intrusión en la esfera legislativa, es crear distinciones formalistas vacías.

Uno podría retractarse del rechazo a la restricción editorial al defenderla sobre bases más funcionales. Si bien cada uno de estos remedios puede no ser de manera inherente más legislativo que los demás, aún podría darse el caso de que los tribunales ejerzan más discreción correctiva con algunos tipos de remedios que con otros. Por ejemplo, si los tribunales por lo general tienen el poder de agregar lenguaje a los estatutos, podrían hacer mucho más que si sólo tuvieran el de anular el lenguaje.¹⁸⁴ Esta observación quizá ayude a explicar nuestra intuición de que algunos de estos remedios implican mayores intrusiones en la esfera legislativa que los demás –al ver a un juez agregar lenguaje a un estatuto, pensamos: "caramba, ese juez puede cambiar el estatuto de muchas maneras, bá-

¹⁸³ Véase, por ejemplo, 18 U.S.C. § 700 (2012) (establece sanciones penales por deformar la bandera estadounidense, a pesar de *Texas vs. Johnson*, 491 U.S. 397 [1989]).

¹⁸⁴ Véase *supra* notas 45-47 y el texto que las acompaña.

sicamente han reemplazado a la legislatura"—. Pero el problema con este razonamiento es que los jueces sólo tienen el poder de cambiar los estatutos en el contexto limitado de la revisión constitucional. Generalmente no pueden agregar lenguaje a los estatutos; sólo pueden hacerlo para resolver violaciones constitucionales específicas. Por tanto, el alcance del poder de reparación está limitado por el problema en cuestión, no por la naturaleza de la acción que el juez realiza. En *Liberta*, la Corte de Apelaciones de Nueva York no pudo haber reescrito la ley sobre violación sexual sólo para mejorarla, por ejemplo, al eliminar el requisito de la fuerza, puesto que eso no hubiera solucionado una violación constitucional. Su menú de remedios estaba limitado al problema que tenía de frente —esto es, hacer al estatus neutral en términos de género—.

Uno podría responder que, incluso con esta limitación, si los jueces tienen el poder de agregar lenguaje, entonces tendrán más opciones para decidir cómo resolver el problema constitucional. Pero no hay razón para pensar que un tipo de remedio siempre ofrezca una mayor cantidad de opciones que cualquier otro. Según sea el caso, una violación constitucional podría resolverse eliminando una de varias disposiciones, definiendo una de varias posibles excepciones de aplicaciones o adoptando una de varias posibles interpretaciones de evasión.¹⁸⁵ La elección puede existir independientemente del tipo de remedio. Ahora bien, es cierto que en algunos casos en los que los jueces agregan lenguaje a los estatutos no existe una formulación única que fluya de manera natural a partir de los requisitos de la Constitución. En tales casos, el texto que se agregue es indeterminado, y los jueces deben esencialmente escribir una nueva y compleja disposición desde cero.¹⁸⁶ Para ilustrar, considérese la decisión de la Suprema

¹⁸⁵ Véase, por ejemplo, *Skilling*, 130 S. Ct. at 2906 (interpreta que la prohibición del "fraude de servicios honestos" se aplica sólo al cohecho y coimas como para evitar la vaguedad inconstitucional, la Corte podría haber agregado cualquier cantidad de otros delitos a esta lista y aún resolver el problema de la vaguedad); *Ayotte vs. Planned Parenthood*, 546 U.S. 320, p. 331 (2006) (encuentra una ley de aborto de notificación parental inconstitucional en su aplicación, y remitirla al tribunal inferior para definir la clase de casos donde la ley no se puede aplicar); *Bowsher vs. Synar*, 478 U.S. 714, pp. 783-787 (1986) (Blackmun, J., disintiendo) (señala que hay varias disposiciones diferentes que podrían ser eliminadas para resolver la violación constitucional).

¹⁸⁶ Véase *Schachter vs. Canadá*, [1992] 2 S.C.R. 679, p. 707 (Can.) ("[L]a corte no debe leer progresivamente los casos en que no exista una forma de extensión que fluya con suficiente precisión a partir de los requisitos de la Constitución").

Corte en *Ayotte vs. Planned Parenthood of Northern New England*,¹⁸⁷ en el que sostuvo como inconstitucional una ley estatal que exigía a las menores informar a sus padres antes de realizarse un aborto. En particular, la Corte objetó que no hubiera una excepción para el caso en que la salud de la menor se encontrase en peligro. Si hubiese decidido agregar lenguaje al estatuto creando dicha excepción, hubiera tenido que decidir cosas como qué tipo de riesgos a la salud califican para tales efectos, cómo demostrar los riesgos a la salud, etcétera, lo que hubiera requerido una compleja redacción legislativa por parte de la Corte. Pero este problema no es exclusivo al contexto de agregar lenguaje. Si la Corte en *Ayotte* hubiese optado en cambio por invalidar la aplicación del estatuto (como de hecho lo hizo),¹⁸⁸ se hubiera presentado exactamente el mismo problema. Y lo mismo es verdad si la Corte hubiese solucionado la violación constitucional por medio de una lectura evasiva.¹⁸⁹ La Corte (o futuras cortes) seguirá teniendo que definir el alcance preciso de la excepción. Entonces, el problema de indeterminación no es una razón para preferir generalmente un tipo de remedio sobre otro. En cambio es, al menos plausiblemente, una razón para optar por un remedio más contundente (a menudo anulando el estatuto) en situaciones en las que un remedio de reescritura es demasiado complejo porque el conflicto entre el estatuto y la Constitución podría resolverse de varias maneras.¹⁹⁰

Finalmente, podría defenderse a la restricción editorial como un formalismo por el bien del formalismo. Incluso reconociendo que no hay una razón más profunda para pensar que un tipo de remedio confiere más poder legislativo a los jueces que otro, uno aún podría adoptar una estricta jerarquía de remedios simplemente por la restricción que proporciona dicha jerarquía. Si los jueces saben

¹⁸⁷ 546 U.S. p. 320.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 332.

¹⁸⁹ Compárese *Bond vs. United States*, 131 S. Ct. 2355 (2011) (interpreta una excepción en la Convención de Armas Químicas para que no se aplique a actos individuales de envenenamiento) con *United States vs. Kimber*, No. 13-3661-cr (2d Cir. Jan. 30, 2015) (la excepción en *Bond* no se aplica a una persona que eligió a un hospital con químicos peligrosos).

¹⁹⁰ Aunque vale la pena señalar que los tribunales federales se ocupan de órdenes de reparaciones complejas e indeterminadas en otros contextos, como casos que comprenden medidas cautelares estructurales contra instituciones públicas como las cárceles, escuelas y hospitales psiquiátricos. Véase, en general, *Fletcher* (1982).

que primero deben procurar una lectura de evasión, luego un remedio de aplicación y una invalidación al propio estatuto, y sólo pueden agregar texto si ninguno de los remedios anteriores funciona, al menos tendrán un manual de selección de remedios que limite su discreción. La falsa escasez sigue siendo escasez. Por supuesto, cualquier otra ordenación arbitraria de remedios alcanzaría el mismo objetivo. Por tanto, podríamos mezclar la jerarquía convencional o imponer una completamente diferente, y también limitar la discreción de los jueces. Pero la jerarquía convencional al menos rastrea nuestras intuiciones sobre qué remedios judiciales parecen más legislativos que otros, y con el fin de lograr la legitimidad pública, puede ser valioso que los jueces se ciñan a esas intuiciones incluso si carecen de una base más profunda de justificación. La restricción editorial serviría así como una especie de mentira noble, una actuación simbólica de los jueces que muestran su respeto por los límites de su papel (Dothan, 2015, pp. 170-171). Sin embargo, el problema de adoptar el formalismo vacío es que lo abandonamos rápidamente en una crisis. Está bien que los jueces digan que nunca agregarán lenguaje a un estatuto cuando puedan revocarlo, pero no honrarán ese compromiso si hacerlo requiere revocar la ley contra la violación, como en *Liberta*. Ese sería un resultado descabellado, y tendemos a desviar los formalismos de la locura. La Suprema Corte incluso abandonó su regla contra la adición de lenguaje en los casos de igualdad de sexo de la década de 1970, cuando la alternativa era eliminar los beneficios de bienestar público para las mujeres.¹⁹¹ De hecho, la doctrina estadounidense de remedios constitucionales está llena de reglas categóricas que prefieren un tipo de remedio sobre otro de acuerdo con la lógica de la restricción editorial; reglas que se rompen cuando causan un resultado indeseable. En *Salerno*, la Corte anunció que categóricamente prefiere las impugnaciones a las aplicaciones sobre las impugnaciones a las leyes, pero este compromiso se honra más en el incumplimiento que en la observancia.¹⁹² Y la regla estricta que favorece las lecturas de evasión fue rota en *Booker*, en el que la interpretación de evasión preferida por el juez Stevens habría transformado de manera fundamental el estatuto.¹⁹³ Para aquellos com-

¹⁹¹ Véase *supra* notas 99-101 y el texto que las acompaña.

¹⁹² Véase *supra* notas 126-128 y el texto que las acompaña.

¹⁹³ Véase *supra* notas 149-152 y el texto que las acompaña.

prometidos con la idea de que los jueces deberían tener la menor cantidad posible de opciones correctivas en casos de revisión constitucional, la restricción editorial ofrece un atractivo límite a la discreción de los jueces. No obstante, el problema es que los jueces no pueden mantenerse atados al mástil. La discreción reaparece inevitablemente cuando se quiere.

5.2 El caso para la preservación de propósitos

El argumento básico en favor de la preservación de propósitos es muy simple. La legislatura es elegida por el público votante para lograr ciertos objetivos y promulga estatutos para cumplir esos fines. Un tribunal que interprete y aplique esos estatutos debe actuar como el agente fiel de la legislatura (y, por extensión, de los votantes), asegurando que el significado de una ley no se modifique de manera que socave sus propósitos.¹⁹⁴ Sin embargo, surge un problema cuando la legislatura promulga un estatuto que es parcialmente inconstitucional. El tribunal correspondiente debe cambiar el estatuto para corregir la violación constitucional. Si el tribunal aborda esa tarea como el agente fiel de la legislatura, debe seleccionar el cambio que mejor se ajuste a los objetivos de la legislatura. O, enmarcado de una manera ligeramente diferente, debería intentar ponerse en el hipotético plano de la mente colectiva de los legisladores promulgantes y tratar de imaginar qué remedio habrían preferido hipotéticamente. Se puede establecer una analogía con la interpretación de los contratos: así como los tribunales a menudo completan términos ambiguos del contrato al determinar hipotéticamente qué habrían elegido las partes contratantes (Ayres y Gertner, 1989, pp. 91-92), los tribunales deberían elegir remedios constitucionales al determinar qué arreglo habría elegido hipotéticamente la legislatura promulgante. De hacerlo, el tribunal reivindicará los objetivos de la legislatura y, por extensión, los objetivos del público democrático que votó por la legislatura.¹⁹⁵

¹⁹⁴ Para una discusión análoga del concepto "agente fiel" en el contexto de la interpretación de leyes, como justificación de los enfoques textualistas y propositivistas, véanse Barrett (2010, pp. 112-117); Manning (2001, pp. 9-21).

¹⁹⁵ Por supuesto, la relación entre las preferencias políticas de los ciudadanos con derecho a voto y las legislaturas que eligen es más tenue que la descrita. Véase Friedman (1993, pp. 629-643). Pero no es necesario entrar en una explicación totalmente calificada de la democracia representativa. El punto importante es que,

Hay dos problemas relacionados en este caso respecto de la preservación de propósitos. Primero, el de indeterminación. Rara vez los estatutos son redactados con instrucciones acerca de qué hacer en caso de que se encuentre que son encontrados inconstitucionales, y la historia legislativa no a menudo se adentra en especulaciones acerca de decisiones hipotéticas de los tribunales (Fish, 2015, p. 1331; Miller, 1985, pp. 89-90). En consecuencia, los tribunales tendrán que analizar los debates legislativos sobre el estatuto, tratando de hacerse de una idea acerca de qué problema buscaba atender la legislatura y cómo sopesó las consecuencias de las diversas políticas alternativas que consideró (Nourse, 2014).¹⁹⁶ Esto puede tornarse un tanto especulativo. En algunos casos evidentemente no habrá respuesta correcta al final de dicha indagación –el tribunal debe hacer lo mejor que pueda a la luz de la ambivalente evidencia–. Personas razonables se encontrarán en desacuerdo.¹⁹⁷ Y esto lleva al segundo problema: el razonamiento motivado. Si un juez tiene sus propios puntos de vista sobre qué remedio es superior como una cuestión de política, éstos pueden influir en cómo ese juez interpreta el propósito legislativo;¹⁹⁸ él podrá buscar el debate legislativo en búsqueda de evidencia que apoye su postura, tanto como elegir a un amigo de entre la muchedumbre. Para ilustrar este problema, consideremos el debate acerca del remedio en *Booker*. Los jueces Breyer y Stevens tenían opiniones bastante distintas acerca de cómo hubiera deseado el Congreso enmendar la Ley de Reforma a las Sentencias. El juez Breyer pensaba que el Congreso habría deseado que las directrices para sentenciar no fuesen vinculantes, mientras que el juez Stevens consideraba que habría deseado exigir que cada factor a sentenciar fuese probado ante un jurado.¹⁹⁹ Quizás no por coincidencia, las opiniones sobre las preferencias del Congreso parecían rastrear la opinión sustantiva de cada juez sobre qué solución era mejor como una cuestión de política

ya que es elegida y debe ser reelegida, la legislatura puede promulgar leyes de manera legítima para lograr sus objetivos de políticas. La preservación de propósitos es democrática en la medida en que minimiza la interrupción de la formulación de políticas mayoritarias.

¹⁹⁶ (Defiende la idea de una "intención" agregada del Congreso).

¹⁹⁷ Véase, por ejemplo, *United States vs. Booker*, 543 U.S. 220, p. 248 (2005) ("Mentes razonables pueden diferir, y lo hacen, acerca del resultado...").

¹⁹⁸ El mismo punto es aplicable al contexto de las interpretaciones legislativa y constitucional. Véase Kahan (2011).

¹⁹⁹ *Booker*, 543 U.S. pp. 247-249; p. 292 (Stevens, J., disintiendo en parte).

pública (Walsh, 2010, p. 752).²⁰⁰ Ahora, la ambigüedad y el razonamiento motivado no serán problemas en todos los casos. En *Liberta*, el tribunal podría asumir con bastante confianza que cualquier legislatura sensata no querría legalizar la violación sexual. Y en las impugnaciones respecto de la igual protección a los estatutos de asistencia social, en las que el tribunal puede subir o bajar de nivel, a menudo es seguro asumir que la legislatura querría subir de nivel si el grupo que no cuenta con la cobertura es sustancialmente más pequeño que el grupo con cobertura, y bajar si lo contrario es cierto.²⁰¹ Pero en casos ambiguos las credenciales democráticas de la preservación de propósitos están minadas. El enfoque comienza a parecerse menos al Poder Judicial que canaliza la voluntad legislativa, y más al Poder Judicial que impone sus propias preferencias sobre el estatuto.

Los problemas relativos a la preservación de propósitos son reales. Aunque desde la perspectiva de no desear irrumpir en la voluntad legislativa, la preservación de propósitos sigue siendo mejor que el enfoque formalista incluso en casos ambiguos. Esto se debe a que es mucho más probable que un enfoque formalista, que elimina la habilidad del juez de discernir y aplicar las preferencias de la legislatura, produzca un resultado que la legislatura no hubiera jamás considerado o deseado. Para ilustrar esto, imagine que tiene un asistente fiel llamado Lieber; usted le indica "trae un poco de helado de arándanos" (Lieber, 1837, p. 18). Lieber llega a la heladería y encuentra que no hay helado de arándanos disponible (porque los arándanos han sido declarados inconstitucionales). ¿Qué ha de hacer Lieber, el fiel asistente? Si busca maximizar la satisfacción, elegirá el sabor de helado que más se acerque a las preferencias que usted ha expresado; puesto que busca un helado con sabor a baya, quizá sus ulteriores elecciones serían frambuesa, grosella o zarzamora. Ciertamente pistache o ron con pasas nos serían satisfactorios. Y en el universo de helados con sabores a bayas, las pro-

²⁰⁰ ("No debería sorprender que la conclusión de la Corte en *Booker* sobre lo que el Congreso hubiera querido se alinea estrechamente con lo que cinco jueces piensan que el Congreso debería haber querido"). *Cfr.* *United States vs. Rivera*, 994 F.2o. 942, p. 949 (1o. Cir. 1993) (Breyer, J.) ("[L]a misma teoría del sistema de directrices es que cuando los tribunales, basándose en la experiencia y el juicio informado en tales casos, deciden partir, explicarán sus salidas").

²⁰¹ Véase *Schachter vs. Canadá*, [1992] 2 S.C.R. 679, p. 712 (Can.).

pias preferencias de Lieber pueden colarse en su razonamiento. Si sucede que él considera que grosella es el sabor más delicioso entre las bayas puede que, ante la ambigüedad, opte por comprar ese sabor. Y esto es perfectamente consistente con la autocomprensión de Lieber de ser un asistente leal. Podría razonar que "la grosella es el mejor de los sabores de bayas, por lo que creo que habría sido la segunda opción de mi empleador". Es posible que usted prefiera la frambuesa a la grosella, pero a menos que se lo diga a Lieber, él tendrá que inferir sus preferencias a partir de pruebas limitadas, por lo que sus propias preferencias pueden influir en su elección.

Ahora imagine que despide a Lieber por traer helado de grosella y lo reemplaza con un robot: el Ice Cream Fetchbot 5000. Fetchbot está programado para ir a la tienda y obtener el sabor del helado que usted solicite. Pero, a diferencia de Lieber, Fetchbot carece de la capacidad humana de meterse en su cabeza y razonar a través de lo que habría sido su segunda opción. Por tanto, Fetchbot debe programarse con ciertas reglas de reserva si el sabor que usted solicita no está disponible. Puede que esté programado para elegir el siguiente sabor en orden alfabético, el menos costoso, un sabor al azar o regresar sin ningún helado. Como un buen juez formalista, Fetchbot seguirá esas instrucciones sin ejercer ningún razonamiento creativo. ¿En verdad es mejor Fetchbot que Lieber en satisfacer sus preferencias? Los enfoques formalistas, como la restricción editorial, convierten a los jueces en Fetchbots. Proporcionan a los jueces un conjunto inflexible de reglas para seleccionar remedios: derogar lenguaje en lugar de agregarlo, derogar una aplicación en lugar de derogar todo el estatuto, adoptar una interpretación de evasión en lugar de eliminar cualquier cosa. Pero si estas reglas producen el resultado que la legislatura hubiera deseado, es sólo por casualidad. Tener a un juez que de manera consciente busca discernir una preferencia legislativa hipotética, a pesar del riesgo de indeterminación y razonamiento motivado, es más probable que produzca un resultado consistente con los objetivos de la legislatura.

La otra alternativa a la preservación de propósitos sería el enfoque de reconocimiento de normas discutido en la sección 3.3. En este enfoque, los jueces examinarían todo el panorama jurídico-político de normas —la Constitución, las

leyes, las doctrinas judiciales, las normas de la agencia, etcétera–, y seleccionarían entre éstas la que parezca más poderosa en el particular contexto del caso. Ronald Dworkin articula este enfoque en el contexto de la interpretación jurídica, pero se aplica también en el contexto de la selección de remedios constitucionales (Dworkin, 1986; Sunstein, 1989, p. 436). Cualquier otra cosa que se pueda decir al respecto, el reconocimiento de normas no preserva la democracia mayoritaria. En cambio, el valor al que sirve es la coherencia –los jueces interpretan de manera constructiva el sistema jurídico como la estructuración de una jerarquía de valores discernible y, por tanto, impone coherencia cuando de otro modo no existiría ésta (Dworkin, 1986, p. 245; Elhaugue, 2008, pp. 31-35)–. El reconocimiento de normas es de hecho peculiarmente antidemocrático, puesto que faculta a los jueces para decidir cuestiones profundas de valor acerca de nuestro sistema. Y los problemas de indeterminación y razonamiento motivado son peores para el reconocimiento de normas que para la preservación de propósitos: encontrar las preferencias de la legislatura es una indagación más manejable que encontrar las implicaciones de normas abstractas en competencia. Es difícil imaginar que las propias opiniones morales y jurídicas sustantivas de un juez no influyan en su selección de normas; éstas son maravillosamente maleables, y a menudo se pueden interpretar para justificar cualquier resultado o su opuesto (Bizar, 1992, p. 258; Llewellyn, pp. 1359-1360).

La preservación de propósitos tiene sus problemas, pero cuando se la considera en contraste con sus principales alternativas, luce como la mejor opción. Los enfoques formalistas como la restricción editorial restringen exitosamente la discreción de los jueces, pero lo hacen a costa de satisfacer las preferencias legislativas (y, por extensión, las preferencias del público democrático). El reconocimiento de normas reemplaza las preferencias de la legislatura con las visiones propias del juez acerca de normas abstractas en competencia, haciendo que los problemas de indeterminación y razonamiento motivado sean incluso peores. Los jueces deberían considerarse a sí mismos como inteligentes siervos de la voluntad democrática al seleccionar remedios constitucionales. Al hacerlo equilibrarán mejor la necesidad de reivindicar las preferencias populares frente al peligro de reemplazar esas preferencias con sus propios puntos de vista.

6. Refinamiento de la preservación de propósitos

Ya que se ha defendido la preservación de propósitos como el mejor enfoque para elegir remedios constitucionales, queda por demostrar cómo podría funcionar en la práctica. Esta parte final explora la lógica de la preservación de propósitos con un poco más de detalle, considerando cómo los jueces deberían utilizarla y atendiendo varias advertencias importantes.

6.1 ¿De quién es el propósito?

¿Exactamente de quiénes son los propósitos preservados? Puesto que el argumento de la preservación de propósitos es que se ajusta mejor con la democracia mayoritaria, la respuesta última debería ser: del público votante. No obstante, los tribunales prácticamente no pueden descubrir las preferencias del público respecto de un específico remedio constitucional.²⁰² Por ende, los tribunales deben mirar a los representantes del público –los legisladores elegidos–. Pero ¿deberían los tribunales considerar las opiniones de la legislatura en turno, o las de la legislatura que promulgó la ley que está siendo impugnada? En el contexto de la interpretación jurídica, Einer Elhauge ha sostenido que las preferencias de la legislatura actual deberían controlar el significado de los estatutos ambiguos (Elhauge, 2008, pp. 40-46; Beers, 1975, pp. 120-121). Este enfoque tiene algo de sentido –después de todo, es más probable que la legislatura en turno refleje la actual voluntad popular que una legislatura pasada–.²⁰³ Incluso,

²⁰² Incluso, además de las dificultades prácticas implicadas en realizar una encuesta de opinión, el público presumiblemente no tendría opiniones coherentes sobre el caso particular en discusión.

²⁰³ Elhauge también presenta un argumento cuasi-rawlsiano para usar las preferencias de la legislatura actual para decidir el significado de estatutos ambiguos. Afirma que cualquier legislatura, cuando se enfrenta a una elección entre la regla de legislatura actual y la de legislatura promulgante, optaría por la primera porque esa regla maximizaría su influencia (Elhauge, 2008, p. 43). La legislatura controlaría el significado de todas las leyes en los libros y códigos durante dos años (o el intervalo entre elecciones) en lugar de controlar el significado del pequeño número de estatutos que promulga para todo tiempo (Elhauge, 2008, pp. 43-46); (Elhauge, 2002a, pp. 2086-2095). No sé si estoy de acuerdo con el razonamiento de Elhauge. Si fuera un legislador enfrentado con esa elección, mi decisión probablemente dependería de si la legislatura en la que serví había promulgado alguna ley importante. Si no fuera así, optaría por dos años de controlar el significado de cada ley, pero si lo hubiera hecho, podría optar por controlar el significado de las leyes que promulgamos para todos los tiempos futuros. Y si fuera miembro del Partido Demócrata, probablemente

desde esta misma lógica, uno podría argumentar que las preferencias de la legislatura actual deberían controlar cómo se remedia una ley inconstitucional. Sin embargo, hay dos razones por las cuales los jueces deberían considerar las opiniones de la legislatura promulgante. Primero, es mucho más probable que la legislatura promulgante tenga preferencias coherentes respecto al estatuto en cuestión. Segundo, sustituir las opiniones de la legislatura pasada con las de la legislatura en turno socava el principio de la democracia intertemporal —perjudica a una mayoría electoral pasada al negarse a preservar sus logros legislativos, y otorga una ganancia injusta a la mayoría electoral actual al imponer sus preferencias sobre el producto de una mayoría pretérita—.

Es poco probable que la legislatura en turno tenga visiones coherentes o discernibles acerca de la ley en cuestión, ese es el primer problema de ese enfoque. Respecto de la legislatura promulgante, sabemos que debió tener ideas específicas acerca de la ley, pues la aprobó. Entonces, incluso si no hay una historia legislativa en lo absoluto, todavía podemos observar a los términos de la ley y al problema para el cual fue designada e inferir de éstos las metas que la legislatura promulgante tenía en mente. Sin embargo, la legislatura en turno podría no tener visiones complementadas y discernibles acerca de una ley promulgada en el pasado. Una legislatura se compone de varios y distintos individuos, todos con sus propias opiniones, y si no habla como una unidad al promulgar algo, entonces no hay modo coherente de adscribirle posturas acerca de una ley en lo particular (Shepsle, 1992, p. 249).²⁰⁴ Esto es especialmente verdadero en un sistema como el estadounidense, en el que diferentes partidos políticos a menudo controlan de manera simultánea diversos ramos del gobierno.²⁰⁵ Considé-

optaría por la regla de legislatura promulgante, dado que la mayoría de los principales estatutos promulgados en el siglo pasado (por ejemplo, la Ley de Derechos Civiles, la Ley de Derechos de Votación, la Ley Nacional de Relaciones Laborales, la Ley de Procedimiento Administrativo, la Ley de Asistencia Asequible) fueron aprobadas por congresos controlados por los demócratas. Pero la cuestión no es qué regla elegiría una legislatura para maximizar la satisfacción de sus propias preferencias con respecto a las legislaturas pasadas y futuras; la pregunta es qué regla encajaría mejor en la lógica del sistema estadounidense de democracia representativa.

²⁰⁴ Argumenta que incluso cuando una legislatura actúa colectivamente, carece de una única voluntad colectiva.

²⁰⁵ El mismo partido ha ocupado simultáneamente la Cámara de Representantes, el Senado y la presidencia durante aproximadamente un tercio de años desde 1951.

rese la impugnación constitucional a la Ley de Protección al Paciente y Cuidado de Salud Accesible (Obamacare); ésta fue promulgada en 2010 mediante una línea de voto de partido –los Demócratas controlaban la Cámara de Representantes, tenían una mayoría a prueba de filibusteros en el Senado y contaban con Obama en la Casa Blanca (Murray y Montgomery, 2010)–, pero para cuando una impugnación constitucional a la Obamacare llegó a la Corte Suprema, en 2012, la Cámara de Representantes había mutado a un control Republicano y votó en varias ocasiones por repelerla (O’Keefe, 2014). Mientras tanto, los demócratas aún controlaban el Senado (aunque sin una mayoría a prueba de filibusteros) y la presidencia. ¿Cómo hubiera podido aplicar la Corte el enfoque de la "legislatura en turno" en tales circunstancias? Una Cámara buscaba repeler la ley *in toto*, una amplia mayoría de la otra Cámara todavía la apoyaba (aunque estaba constreñida por la regla del filibusterismo) y el presidente la sustentaba con fuerza. La Corte Suprema no podría haber analizado de manera significativa a estos cuerpos de gobierno en 2012 y decidir basándose en sus preferencias si derogar toda la Obamacare o solamente una parte de ella; incluso si esta cuestión no hubiera estado tan claramente polarizada, no habría forma de discernir lo que el gobierno en turno deseaba. Sólo podemos ver preferencias congresistas cuando el Congreso de hecho actúa (Bizar, 1992, p. 146).²⁰⁶

El segundo problema con el enfoque de la legislatura en turno es que menoscaba lo que podría ser denominado democracia intertemporal –la idea de que coaliciones diversas de mayoría ejerzan el poder en diferentes momentos–. En el sistema político estadounidense, una mayoría puede llegar al poder en una elección sólo para ser reemplazada por una mayoría diferente unos años más tarde. Pero el hecho de que un partido pierda el poder no significa que su agenda haya sido totalmente repudiada por el público votante. Más bien, los cambios en el poder político hacen que diferentes coaliciones de votantes se turnen para que sus opiniones se reflejen en la mayoría legislativa.²⁰⁷ En este sistema, cada nuevo

²⁰⁶ "La única manera de que el tribunal sepa realmente cómo la legislatura actual enmendaría el estatuto es esperar y ver la enmienda".

²⁰⁷ Tal idea está relacionada de manera estrecha con la noción de Robert Dahl de "poliarquía", un sistema en el que las mayorías están formadas por coaliciones en constante cambio entre diferentes grupos minoritarios. Véase, en general, Dahl (1956 y 1971).

gobierno debe usar sus pocos años en el poder para perseguir una agenda legislativa limitada. Si los recursos para establecer la agenda fueran infinitos, cada nueva mayoría podría reescribir todas las leyes de acuerdo con sus preferencias. Pero cada elección no se trata de la Revolución francesa; no quemamos todo lo hecho y reiniciamos el calendario a cero—. Cuando la coalición A es mayoritaria, realiza a lo sumo un puñado de cambios significativos en el código legislativo, y cuando la coalición B está en el poder unos años más tarde, hace lo mismo (Mayhew, pp. 206-213).²⁰⁸ Al ver la democracia de esta manera a través del tiempo, uno observa que es justo que las preferencias de la coalición A controlen las leyes que aprobó, y que sea lo mismo para la B.²⁰⁹ La coalición A gastó recursos limitados para promulgar las leyes que aprobó, y la elección posterior de la coalición B no significa en sí que el público repudiase los logros de la A. Además, le daría a la coalición B una ganancia injusta para imponer sus preferencias correctivas sobre la ley impugnada, ya que ésta no ha gastado el tiempo y los recursos necesarios para enmendar o derogar esa ley. Considere una vez más la *Obamacare*. La lucha para aprobarla dominó los primeros dos años de la presidencia de Barack Obama, y la mayoría demócrata elegida en 2008 logró poco más que eso a pesar de controlar ambas cámaras del Congreso (Staff of the Washington Post, pp. 11-62). Si un tribunal considerase una impugnación a la *Obamacare* atendiendo a las preferencias de un Congreso posterior controlado por los Republicanos, y usara esas preferencias para derogar la totalidad de la *Obamacare*, sería injusto para con el Congreso de 2008 y la coalición de votación que la aprobó (Fish, 2015, p. 1351). También sería una ganancia injusta para el Congreso posterior —si no puede repeler el estatuto legislativamente,

²⁰⁸ Muestra que desde 1991 hasta 2002 cada Congreso de dos años promedió aproximadamente 10 promulgaciones significativas.

²⁰⁹ Una pregunta interesante surge en los casos en que un tribunal puede anular cualquiera de las dos disposiciones y cada una fue promulgada por un Congreso diferente. Véase, por ejemplo, *Bowsher vs. Synar*, 478 US 714, pp. 783-787 (1986) (Blackmun, J., disidente) (considera si eliminar una disposición promulgada en 1985 que otorga al Contralor General ciertos poderes, o una disposición promulgada en 1921 que prevé la remoción del Contralor General por resolución conjunta); también, *Free Enterprise Fund vs. Pub. Co. Acct'g Oversight Bd.*, 561 US 477 (2010) (sostiene que tener dos capas de protección por remoción por causa para una junta de supervisión contable, una para los funcionarios de la Comisión de Bolsa y Valores y otra para los miembros de la propia junta, viola el poder de remoción del presidente). En tales casos, el tribunal debe de alguna manera comparar las preferencias hipotéticas de las dos legislaturas diferentes. Una forma de hacerlo podría ser imaginar que las legislaturas se reunieron con la ayuda de una máquina del tiempo y razonar sobre qué remedio se resolvería esta sesión conjunta intertemporal de dos congresos.

los tribunales no deben hacer su trabajo mediante la aplicación de remedios constitucionales—. ²¹⁰

Existe, no obstante, una importante excepción a esta regla que favorece a la legislatura promulgante. Si la ley impugnada fue aprobada hace mucho tiempo, y ahora es anacrónica (pero persiste debido a la inercia legislativa), entonces los tribunales no deberían centrarse en la voluntad de la legislatura promulgante. El caso de la preservación de propósitos reposa en el argumento de que promueve la democracia mayoritaria, y este argumento se cae si los propósitos de las leyes impugnadas son tan anticuados que han perdido cualquier reclamo de apoyo popular. ²¹¹ Tal pérdida de apoyo no puede suceder en unas cuantas elecciones, pero sí en un largo tramo de tiempo si los valores públicos han cambiado claramente de aquellos reflejados por la ley que es impugnada. Varios académicos han elaborado razonamientos similares en otros contextos. William Eskridge argumentó que cuando el significado de un estatuto es ambiguo y el propósito legislativo original anacrónico, el estatuto debe ser interpretado "dinámicamente" a la luz de los valores actuales (Eskridge, 1994, pp. 10-11). Guido Calabresi sostuvo que los jueces deberían tener el poder de eliminar las leyes anacrónicas, pero sólo de manera provisional, dejando a la legislatura la capacidad de recrearlos (Calabresi, 1982). Por un razonamiento similar, los tribunales comprometidos con la preservación de propósitos podrían sustituir lo que consideran valores públicos actuales en los casos en que los objetivos de la legislatura promulgante están claramente fuera de lugar en el tiempo. Por

²¹⁰ El enfoque de legislatura actual también tendría la extraña característica de que la selección de remedios cambiaría radicalmente dependiendo de qué partido se encuentre en el poder. Esto es algo indecoroso. Entre otras cosas, causaría que los grupos de litigios de impacto esperen estratégicamente un Congreso amistoso antes de presentar impugnaciones constitucionales.

²¹¹ Una pregunta más difícil es qué hacer en los casos en que los propósitos originales de un estatuto son anacrónicos, pero sólo porque el significado del estatuto ha cambiado con el tiempo a través de la interpretación judicial. Por ejemplo, la Ley Sherman se aprobó en gran parte para proteger a las pequeñas empresas de las más grandes, pero durante las élites jurídicas de medio siglo en la academia y en el foro judicial han cambiado efectivamente su propósito de maximizar el bienestar del consumidor. Grandy (1993). Si se presentara una impugnación constitucional contra la Ley Sherman, ¿debería la Corte elegir un remedio basado en su propósito original o este ha cambiado? Tentativamente, una forma de resolver el problema sería mediante una especie de teoría de posesión adversa. La legislatura ha tenido varias décadas para revertir este cambio en el significado de la Ley, y no lo ha hecho. Uno podría ver esto como una aceptación tácita y mayoritaria del cambio.

ejemplo, la legislación de Texas solía incluir la siguiente disposición: "El homicidio es justificable cuando el esposo lo comete sobre quien ha realizado el acto de adulterio con su esposa, siempre que el asesinato ocurra antes de que las partes se hayan separado".²¹² Imaginemos el caso de una mujer acusada de asesinar a la amante de su esposo y argumenta que la exclusión de las esposas de dicha provisión viola la Cláusula de Protección Igualitaria, e incluso que debería ser nivelada para que le aplique a ella también.²¹³ ¿Qué debería hacer el tribunal? Si buscara los puntos de vista de los promulgadores de la ley, bien podría concluir que la legislatura de Texas hubiera preferido dejar que las esposas mataran a las adúlteras en lugar de encarcelar a los hombres por matar a los adúlteros. Pero el propósito del estatuto refleja un concepto altamente anticuado de matrimonio, en el cual la esposa es propiedad del esposo y él puede ser violento para ejercer posesión sobre ella (Lee, 2003, p. 21). Al reconocer este anacronismo, un tribunal pudo haber nivelado el estatuto para abajo, de modo que ni el hombre ni la mujer pudieran invocarlo como defensa ante el homicidio. Haciéndolo, el tribunal no menoscabaría el principio de democracia intertemporal, puesto que la ley carece de apoyo popular en la sociedad contemporánea.

6.2 Revisión intersistémica, evasión de la ironía y poderes legislativos inherentes

La preservación de propósitos no necesita ser adoptada en forma pura. También se puede modificar para tener en cuenta principios más allá de la necesidad de reivindicar los objetivos de la legislatura. Las siguientes son tres modificaciones potenciales que le permitirían incorporar importantes principios extrínsecos.

Primero, el argumento en favor de la restricción editorial tiene más fuerza en los casos en que los tribunales de un gobierno revisan las leyes de otro gobierno.

²¹² TEX. CRIM. STAT. § 1220 (1925). Esta provisión se mantuvo vigente hasta casi 1970. Véase Feinberg (1970, p. 102).

²¹³ De hecho, este argumento fue elaborado por una imputada llamada Pearl Reed en 1933. Véase Reed vs. State, 59 S.W.2d 122, p. 123 (Tex. Crim. App. 1933). La Corte de Apelaciones de Texas confirmó la condena de Reed. *Ibidem*, p. 124.

Esto se debe a que, como se señaló en la sección 2, la selección de remedios constitucionales es una decisión cuasi-legislativa: un tribunal en realidad cambia el significado del estatuto para que sea coherente con la ley superior. Y el poder de definir las propias leyes es un aspecto fundamental de la soberanía estatal. Así, por ejemplo, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos no pueden cambiar la ley de un país, incluso si encuentran que viola un tratado de derechos humanos —están restringidas a reconocer daños a la parte cuyos derechos fueron infringidos (Fontana, 1991, p. 1127)—. Del mismo modo, en los Estados Unidos los tribunales federales que revisan la constitucionalidad de las leyes estatales a menudo se niegan a imponer remedios por sí mismos, difiriendo en cambio a los tribunales estatales (Gluck, 2011, pp. 1948-1958). Por ejemplo, en *Skinner vs. Oklahoma*, un hombre fue condenado por hurto, y el Estado de Oklahoma lo condenó a ser esterilizado.²¹⁴ Realizó una impugnación constitucional ante la Corte Suprema, sosteniendo que la ley que preveía la esterilización para quien cometía hurto era irracionalmente inconstitucional, puesto que no preveía lo mismo para el que cometía abuso de confianza. La Corte estuvo de acuerdo, pero reenvió el caso a la Suprema Corte de Oklahoma para que determinase el remedio adecuado —expandir el estatuto y también esterilizar a quien comete abuso de confianza o parar la esterilización de quien comete hurto (por fortuna, eligió el último)—.²¹⁵ De manera similar, la Corte ha reenviado a los tribunales estatales los casos que involucran cuestiones de separabilidad o la elección de nivelar una ley para arriba o para abajo.²¹⁶ Mandar la cuestión del remedio de retorno a los tribunales estatales es una solución ideal en tales casos. Si, en cambio, la Corte Suprema probase con la estrategia de Northern Pipeline —postergar la invalidación para inducir a la legislatura correspondiente a que configure su propia solución—, no habría manera de garantizar que la legislatura actúe.²¹⁷ En contraste, de un

²¹⁴ 316 U.S. 535, p. 536 (1942).

²¹⁵ *Skinner vs. State*, 155 P.2o. 715, p. 716 (Okla. 1945).

²¹⁶ Véase, por ejemplo, *Hooper vs. Bernalillo Cty. Assessor*, 472 U.S. 612 (1985); *Zobel vs. Williams*, 457 U.S. 55 (1982); *Wengler vs. Druggists Mut. Ins. Co.*, 446 U.S. 142 (1980); *Orr vs. Orr*, 440 U.S. 268 (1979); *Stanton vs. Stanton*, 421 U.S. 7 (1975).

²¹⁷ Véase *supra* notas 159-166 y el texto que acompaña.

tribunal estatal puede esperarse que efectivamente elija un remedio. Sin embargo, surge un problema en los casos en que el litigio sobre un estatuto estatal se presenta primero en un tribunal federal. En tales casos, la devolución a un tribunal estatal no es posible. Esto ha llevado a la Corte Suprema a elegir remedios por su cuenta en casos en que habría servido mejor a los principios del federalismo y remitirlos a una corte suprema estatal.²¹⁸ En tales casos, la Corte Suprema (o incluso un tribunal federal inferior) debería aprovechar del procedimiento de preguntas certificadas, mediante el cual puede solicitar a una corte suprema estatal que resuelva una cuestión relativa a la legislación estatal (Calabresi, 2003, p. 1306). El uso del procedimiento de certificación permitiría a la Corte Suprema encontrar una ley estatal inconstitucional sin tener que infringir la soberanía del Estado al elegir cómo modificar la legislación.

Un segundo tipo de caso en el que el argumento para confiar en el propósito legislativo se debilita es aquel en el que ese propósito entra en conflicto con el de la disposición constitucional que se aplica. Este es el principio de evasión de la ironía discutido en la sección 3 –los tribunales no deben elegir remedios que socaven el derecho que se busca proteger–. La evasión de ironía puede incorporarse en la preservación de propósitos como una excepción a la regla general de que los objetivos de la legislatura promulgante controlan la elección del remedio. Tal excepción ciertamente encaja con la lógica de la preservación de propósitos –sólo expande los propósitos relevantes para incluir los de la disposición constitucional en lugar de únicamente el estatuto–. De hecho, la Suprema Corte de Canadá en *Schachter* adoptó tal excepción al articular su compromiso general con la preservación de propósitos. La opinión declaraba que, al decidir si expandir o eliminar una ley subinclusiva, "el respeto por el papel de la legislatura y los propósitos de la *Carta* son los principios rectores gemelos".²¹⁹ Esta excepción a la ironía constitucional nos asiste a otorgar sentido a situaciones en que

²¹⁸ Véase, por ejemplo, *Dorchy vs. Kansas*, 264 U.S. 286, p. 291 (1924); Ginsburg (1979, p. 313). Compárese *Stanton*, 421 U.S. p. 18 (un caso que surge de un tribunal estatal, en el que la Corte Suprema solicitó el remedio), con *Craig vs. Boren*, 429 U.S. 190, p. 210 n. 24 (1976) (un caso similar que surge de un tribunal federal inferior, en el cual la Corte Suprema impuso un remedio por sí misma, pero señaló que la legislatura estatal podría seleccionar un remedio diferente).

²¹⁹ *Schachter vs. Canadá*, [1992] 2 S.C.R. 679, pp. 701, p. 715 (Can.) (cita a Caminker, 1986).

el propósito legislativo es en sí mismo inconstitucional.²²⁰ Tómese como ejemplo un caso en el que una legislatura promulga una ley que busca establecer segregación racial,²²¹ si un tribunal encuentra parte de esa ley inconstitucional, tiene poco sentido elegir el remedio que mejor promueve el deseo de preservar la segregación. Esto es verdadero incluso si hay un remedio que hiciera al estatuto formalmente constitucional a pesar de su maléfica intención.²²² Dado que la disposición constitucional prevalece formalmente sobre el estatuto como una cuestión de derecho, tiene sentido que el propósito constitucional deba prevalecer sobre el propósito estatutario como una cuestión de selección de remedio.

Finalmente, algunos jueces y comentaristas han sostenido que los tribunales no deberían hacer ciertas cosas por medio de órdenes de remedios, como expandir la responsabilidad penal (Beers, 1975, pp. 131-132), o forzar a la legislatura a presupuestar más dinero,²²³ por miedo de infringir sus prerrogativas fundamentales. De acuerdo con este argumento, la preservación de propósitos tiene ciertos límites –algunos remedios no deberían ser impuestos incluso si son los que mejor se adecuan a las metas de la legislatura–.²²⁴ Esta no es una razón para preferir un tipo particular de remedio sobre otro como un asunto general. La responsabilidad penal o las obligaciones presupuestarias podrían ampliarse por medio de cualquier remedio estándar: agregar lenguaje, eliminar lenguaje,

²²⁰ Por supuesto, cualquier estatuto que viole la Constitución en algún nivel tiene un propósito inconstitucional. Pero se puede hacer una distinción relativamente directa entre situaciones en las que el objetivo principal del estatuto es inconstitucional (por ejemplo, promulgar una ley para preservar la segregación racial) y en las que la violación constitucional está al servicio de objetivos válidos (por ejemplo, regular el discurso electoral para combatir la corrupción en la política). Véase Dorf (1994, p. 279).

²²¹ Véase, por ejemplo, Griffin vs. Cty. Sch. Bd. of Prince Edward Cty., 377 U.S. 218, p. 221 (1964).

²²² Véase Schachter [1992] 2 S.C.R. p. 703 ("Cuando el propósito de la legislación es en sí mismo inconstitucional, la legislación debe ser eliminada en su totalidad. De hecho, es difícil imaginar que algo menos sea apropiado cuando el propósito de la legislación se considera inconstitucional [...]").

²²³ Véase, por ejemplo, Califano vs. Westcott, 443 U.S. 76, p. 95 (1979) (Powell, J., concurriendo en parte y disintiendo en parte); Schachter [1992] 2 S.C.R. at 709-10; Beers (1975, pp. 136-140).

²²⁴ La Corte en Schachter también sugirió que un tribunal no debería imponer un remedio si la legislatura rechaza de manera específica la política que éste crea. Véase [1992] 2 S.C.R. en pp. 708-709. No estoy de acuerdo con X, Y podría ser su preferencia alternativa si X es inconstitucional. Incluso, el hecho de que debatiera Y significa que consideró la posibilidad. En Booker, la legislatura promulgante consideró y rechazó el remedio del juez Breyer (que hace que las directrices sean asesoras). Véase United States vs. Booker, 543 U.S. 220, 292 (2005) (Stevens, J., disidente en parte). A pesar de esto, aún podría haber sido el remedio más cercano a lo que el Congreso deseaba.

derogar aplicaciones o adoptar una interpretación evasiva.²²⁵ En cambio, es una razón para evitar remedios que generan resultados específicos, como criminalizar más conductas o gastar más dinero. No obstante, el problema con este argumento es que esas cuestiones no son unidireccionales. Si los asuntos penales o presupuestarios están de manera exclusiva en el campo de la legislatura, entonces, tanto expandir como contraer la responsabilidad penal o el gasto público infringirán el dominio legislativo. Y en casos en que una ley existente es inconstitucional, el tribunal generalmente debe hacer un cambio que expandirá o contraerá la ley. En *Liberta*, por ejemplo, expandir la ley de violación sexual para solventar la transgresión a la protección igualitaria no constituye una irrupción en las prerrogativas legislativas mayor de lo que lo es derogarla.²²⁶ Del mismo modo, en casos con estatutos de prestaciones subinclusivas, obligar a la legislatura a gastar más dinero no es peor que evitar que gaste lo presupuestado.²²⁷ Estas son seguramente áreas centrales del Poder Legislativo, pero cuando la legislatura actúa inconstitucionalmente, los tribunales se ven obligados a imponer un remedio. No pueden evitar el problema de que sus decisiones cambien la política existente –lo mejor que pueden hacer es tratar de aproximarse las preferencias legislativas–.

6.3 El especial caso de la separabilidad

Como se muestra en la sección 2, los jueces tienen discreción para elegir remedios constitucionales simplemente porque existen diversas opciones. Un juez debe encontrar un remedio adecuado cuando un estatuto viola la Constitución, y si existe más de una modificación que solucionará la violación, entonces (en ausencia de instrucción legislativa) debe elegir entre los cambios posibles. Los jueces no procuran esta discreción, están orillados a ella; pero no aplica el mismo razonamiento a los casos de separabilidad, pues en éstos el estatuto ya ha sido convertido en constitucional mediante otro remedio. Las determinaciones

²²⁵ Véase *Schachter* [1992] 2 S.C.R. p.t 709.

²²⁶ Véase *supra* notas 1-5 y el texto que las acompaña. La expansión judicial de las leyes penales puede entrar en conflicto con los derechos constitucionales de los acusados, pero ese es un tema aparte. Véase *supra* nota 77 y el texto adjunto.

²²⁷ Véase *supra* notas 99-101 y el texto que las acompaña.

de separabilidad comprenden cuestiones posteriores acerca de que debería suceder con el resto del estatuto. No existe una base defendible para sostener un amplio poder correctivo para declarar a las leyes inseparables (Fish, 2015).²²⁸ Los tribunales no tienen un poder general para invalidar disposiciones estatutarias válidas constitucionalmente, y no hay ninguna razón por la cual encontrar parte de un estatuto inconstitucional crearía tal poder. Ninguna de las tres teorías que podrían justificar una doctrina de preservación de propósitos basada en la separabilidad –i) que los jueces tienen un poder de reparación delegado para alterar los estatutos parcialmente inconstitucionales, ii) que después de derogar parte de un estatuto, los jueces pueden "interpretar" el resto en una forma que elimine posteriores disposiciones, o iii) que los jueces hagan cumplir los acuerdos legislativos de manera análoga a los contratos– es defendible en el sistema federal (Fish, 2015, pp. 1319-1332).

No obstante, podemos imaginar un sistema en el que las decisiones de separabilidad sean discrecionales –el Congreso potencialmente podría delegar a los tribunales el poder de hacer que la legislación sea inseparable–. En dicho sistema, el enfoque de la preservación de propósitos sería sustancialmente más complicado que otros tipos de cuestiones de remedios discutidas en este artículo,²²⁹ debido a que los jueces, en casos de separabilidad, no están limitados a resolver violaciones constitucionales discretas. En cambio, se les encomienda una tarea con un mandato más amplio para alterar la ley de modo que se ajuste a las preferencias de la legislatura promulgante. Después de que un tribunal anuló parte de un estatuto, podría buscar en el resto de éste (o tal vez incluso el resto del código) otras cosas que eliminar, según su comprensión de los objetivos de la legislatura (Fish, 2015, pp. 1313-1319). Por ejemplo, en *Sebelius*, si la Suprema

²²⁸ Sin embargo, la teoría de remedios es más plausible en algunos sistemas estatales. (Fish, 2015, pp. 1352-1355).

²²⁹ Varios académicos sostienen que la separabilidad del lenguaje legislativo y la de las aplicaciones tienen los mismos problemas. Véase *supra* nota 120. Pero no es del todo correcto. Una diferencia importante es que, si bien las impugnaciones a las leyes y a las aplicaciones son dos formas diferentes de resolver las violaciones constitucionales (una al anular la aplicación; otra al anular una disposición completa), se produce un hallazgo de inseparabilidad cuando la violación constitucional es reparada. Una segunda diferencia es que, si bien varias aplicaciones sólo se pueden agrupar mediante una impugnación a la ley, si todas están cubiertas en la misma disposición textual, un hallazgo de insensibilidad puede aplicar a cualquier otra disposición textual en otra parte del estatuto.

Corte hubiera anulado el mandato individual, podría haber pasado por las docenas de otras disposiciones de la *Obamacare*, y decidió qué debería quedarse y qué debería irse en función de su estimación de las preferencias del Congreso.²³⁰ Es posible que los tribunales pudieran agregar lenguaje a estatutos parcialmente inconstitucionales para promover el propósito legislativo. Si bien, en general, se supone que los tribunales sólo pueden invalidar lenguaje en casos de separabilidad, no existe una razón de principios para esta restricción, ya que los tribunales pueden agregar lenguaje para remediar las violaciones constitucionales.²³¹ De hecho, en *Booker*, el juez Breyer efectivamente agregó lenguaje a la Ley de Reforma a las Sentencias al proporcionar un nuevo tipo de revisión de apelación –la revisión de "razonabilidad"– que encajaría mejor con el estatuto posterior a *Booker*.²³² Puesto que en los casos de separabilidad los jueces no están limitados por la tarea de resolver un problema constitucional específico, se comportan como legisladores cuando reformulan una ley para preservar los fines del Congreso. No eligen entre un limitado conjunto de opciones para resolver un único problema constitucional, sino que reescriben todo el estatuto para que se adecue a las preferencias hipotéticas del Congreso.

Por estas razones, algo similar a la restricción editorial es preferible en casos de separabilidad. Los jueces no deberían contar con el poder de preservar el propósito de un estatuto parcialmente inconstitucional mediante modificaciones correctivas adicionales. En su lugar, deberían encontrarse limitados sólo a encontrar disposiciones adicionales inseparables en circunstancias en las que el estatuto mismo hace evidente ese hallazgo. Entonces, la separabilidad debería ser tratada como una cuestión de interpretación legislativa, y no como una cuestión de remedio. He defendido un enfoque de este tipo –"separabilidad como condicionalidad"– que instruiría a los jueces a encontrar disposiciones inseparables sólo si existe una cláusula explícita de inseparabilidad, o si resultan textualmente incoherentes o imposibles de aplicar esas disposiciones una vez que la disposición inconstitucional es derogada (Fish, 2015, p. 1343). Varios estudiosos

²³⁰ *Nat'l Fed'n of Indep. Bus. vs. Sebelius*, 132 S. Ct. 2566 (2012).

²³¹ Véase *supra* parte 4.1; también, Smith (1987) (aboga por un enfoque de separabilidad en casos de veto legislativo que implicaría agregar lenguaje).

²³² 543 U.S. 220, pp. 261-262 (2005); véase también Metzger (2005, p. 890).

han defendido enfoques similares (Dorsey, 2012, p. 137; Ezzell, 2013; Walsh, 2010).²³³ Estos enfoques moderados e interpretativos de la separabilidad son en realidad más consistentes con los casos modernos de separabilidad de lo que es la doctrina oficial de la Corte Suprema basada en la preservación de propósitos (Fish, 2015, p. 1358).²³⁴

6.4 El problema de provocar anulaciones

Cuando un tribunal elige un remedio constitucional, su elección siempre es provisional –la legislatura puede imponer un remedio diferente al enmendar el estatuto–. Por ejemplo, un tribunal puede nivelar hacia abajo un estatuto infra-incluyente para que posteriormente la legislatura lo nivele para arriba. En cierta medida, tales soluciones legislativas son preferibles puesto que eliminan el problema de que los tribunales tengan que actuar como legislaturas subrogadas. Por dicha razón, en ocasiones, los jueces de hecho solicitan a las legislaturas que elijan su propio remedio. Lo hacen en una variedad de maneras. A veces los jueces solicitan a las legislaturas que arreglen el problema, como los hacen los tribunales ingleses cuando realizan declaraciones de incompatibilidad,²³⁵ y como lo hizo el juez Breyer en *Booker* cuando escribió "[l]a nuestra, por supuesto, no es la última palabra: La bola se encuentra ahora en la cancha del Congreso".²³⁶ En ocasiones, los jueces también retrasan el remedio que han elegido para otorgarle a la legislatura tiempo para que lo sustituya, como lo hizo la Suprema Corte de Canadá en *Schachter*,²³⁷ y como lo intentó la Corte Suprema de Estados Unidos en *Northern Pipeline*.²³⁸ Estos métodos son relativamente inocuos –involucran a los jueces incitando a la legislatura, sin forzar la mano de ésta–.²³⁹

²³³ Tom Campbell (2011) defiende el enfoque opuesto –que todo debe hacerse inseparable sin excepción–.

²³⁴ También *supra* notas 116-117 y el texto que las acompaña. Sin embargo, la disidencia en *Sebelius* sugiere que al menos algunos jueces de la Corte Suprema podrían favorecer un enfoque más agresivo. Véase 132 S. Ct. 2642-277 (Scalia, Kennedy, Thomas y Alito, J.J., disidentes).

²³⁵ Véase *supra* notas 30-36.

²³⁶ 543 U.S. p. 265.

²³⁷ *Schachter vs. Canadá*, [1992] 2 S.C.R. 679, p. 725 (Can.).

²³⁸ 458 U.S. 50, pp. 87-88 (1982).

²³⁹ Vale la pena señalar que tanto en Inglaterra como en Canadá estos "estímulos" se consideran algo más coercitivos. Véase *supra* nota 39 y el texto adjunto; *Schachter*, [1992] 2 S.C.R. pp. 716-717 (discutiendo cómo retrasar un remedio fuerza el ingreso del tema a la agenda legislativa).

Sin embargo, existe otra estrategia bastante más severa. En el contexto de la interpretación legislativa, algunos académicos han argumentado que los jueces deberían interpretar un estatuto para subvertir deliberadamente las preferencias de la legislatura, forzándola a actuar.²⁴⁰ Einer Elhauge califica este enfoque como una "regla estatutaria predeterminada que genera preferencias" –en lugar de imitar las preferencias legislativas, el tribunal intenta obligar a la legislatura a revelarlas (ya sea *ex ante* en el texto del estatuto o *ex post* mediante una anulación) (Elhauge, 2002b)–. Tal enfoque también podría funcionar en el contexto de la elección de remedios constitucionales. En lugar de seleccionar el mejor remedio desde la perspectiva de la legislatura promulgante, un tribunal podría seleccionar el peor desde la perspectiva de la legislatura actual. El tribunal obligaría efectivamente a la legislatura actual a anular este remedio e imponer el suyo. Hay dos problemas principales con esta estrategia. Primero, en el sistema estadounidense, es predecible, conduciría a situaciones en las que el tribunal impone un remedio desastroso y la legislatura no puede lograr una anulación. En segundo lugar, entra en conflicto con el principio de la democracia intertemporal al socavar tanto la promulgación como el poder de la legislatura actual para definir su propia agenda.

Si un tribunal va a elegir de manera deliberada un remedio que no le gustará a la legislatura, debe estar seguro de que ésta realmente anulará la decisión. Pero no hay razón para pensar que los jueces son hábiles para predecir acciones legislativas. Recordemos la saga Northern Pipeline. La Corte Suprema demoró en emitir su orden de reparación dos veces anticipando una respuesta legislativa, y después de que quedó claro que no recibiría ninguna respuesta, el propio Poder Judicial tuvo que intervenir con una solución.²⁴¹ Lo que estaba en juego en ese caso no era exactamente insignificante –la orden correctiva de la Corte destruyó el sistema existente de adjudicación en materia de bancarrota, y aun

²⁴⁰ Ayres y Gertner (1989) desarrollaron este concepto en el contexto de la interpretación contractual. Elhauge y Eskridge lo expandieron posteriormente a la interpretación legislativa, véase Elhauge (2008, pp. 151-167 y 2002); Eskridge (1994, p. 151-161) (argumenta a favor de un canon interpretativo en el que el grupo con el menor acceso al poder político gane en casos cerrados).

²⁴¹ Véase *supra* notas 159-169 y el texto adjunto.

así el Congreso no actuó—. Tal inercia legislativa es una característica básica del sistema estadounidense, con sus numerosos vetos y alto grado de partidismo (Eskridge, 2008; Pildes, 2014). Simplemente no se puede estar seguro de que el Congreso evitará una crisis política creada por la vía judicial (Calabresi, 1982, pp. 269-270).²⁴² Y el problema de la inercia se ha vuelto significativamente peor en las últimas décadas. Como William Eskridge y Richard Hasen han mostrado, las anulaciones legislativas producto de la interpretación estatutaria de la Corte Suprema han decaído de manera dramática desde 1998 (Christiansen y Eskridge, 2014, p. 1319; Hasen, 2013, p. 209). Dada esta realidad, elegir un remedio para provocar una anulación es una estrategia arriesgada.²⁴³ Podríamos terminar con una ley que ni la legislatura promulgante ni la legislatura en turno hubieran deseado, y que el tribunal eligió de manera específica porque parecía una mala idea.

Incluso si un tribunal pudiera estar seguro de provocar una anulación, los recursos para obtener preferencias seguirían siendo problemáticos porque socavan el principio de la democracia intertemporal—que cada mayoría legislativa debería ser capaz de definir su agenda política para el periodo en que gobierna—. En el sistema estadounidense se elegirán diferentes coaliciones mayoritarias en distintos momentos, y cada una tendrá su propio conjunto de prioridades legislativas que son importantes para las personas que la eligieron. El hecho de que un tribunal fuerce una anulación infringe el poder de establecimiento de la agenda tanto de la legislatura promulgante como de la actual. Imaginemos, por ejemplo, que el Congreso I se preocupa mucho por las especies animales en peligro de extinción y, por tanto, dedica mucho tiempo y recursos a promulgar la Ley de Especies en Peligro de Extinción. Unos años más tarde, el Congreso II es elegido, y se opone lánguidamente a proteger las especies en peligro de extinción, pero no considera una prioridad derogar la Ley de Especies en Peligro de

²⁴² Discute el hecho de que el Congreso no haya previsto la jurisdicción penal sobre los dependientes militares en el extranjero, después de que la Suprema Corte revocó el estatuto que establece dicha jurisdicción en *Reid vs. Covert*, 354 EE. UU. 1 (1957) (esto dejó a dichos dependientes libres de cometer crímenes con impunidad); Bouie (2015).

²⁴³ Una regla establecida de que los tribunales siempre deben elegir un remedio terrible le daría al Congreso una razón para aclarar su elección de remedio ex ante. Pero esto sólo funcionaría si el Congreso fuera capaz de una impugnación constitucional. Véase, por ejemplo, *Heckler vs. Mathews*, 465 U.S. 728 (1984).

Extinción. Mientras el Congreso II está en el poder, se presenta con éxito una impugnación constitucional contra la Ley de Especies en Peligro de Extinción, y el tribunal debe elegir entre varios remedios constitucionales. Elige uno diseñado para provocar la anulación del Congreso II, y éste responde derogando toda la ley. Esta táctica perjudica el proceso democrático con respecto a ambos congresos. El Congreso I (y los votantes que lo eligieron) consideraron la protección de las especies en peligro de extinción como una prioridad y dedicaron gran parte de su agenda a establecer recursos para aprobar la ley. La acción del tribunal implica que el Congreso I perdió su tiempo. El Congreso II, a su vez, tenía otras prioridades que consideraba más importantes, y ahora el tribunal lo obliga a revisar el tema de la protección de especies en peligro de extinción en lugar de promulgar su propia agenda. De modo que el tribunal daña tanto a la coalición mayoritaria que quería la promulgación de la ley como a la que después tiene que repeler la ley.²⁴⁴ Al hacerlo, el tribunal socava las decisiones políticas realizadas por las mayorías votantes en varias elecciones democráticas.

7. Conclusión

Jean-Paul Sartre escribe sobre un camarero que realmente se adentra en su labor. El camarero se mueve rápida y rígidamente, se inclina hacia los clientes con un toque demasiado ansioso, lleva su bandeja con la temeridad de un equilibrista (Sartre, 1956, pp. 59-60). El camarero está actuando como un camarero y al hacerlo se impone una especie ilusoria de autorrestricción. Actúa como *si* fuera un camarero, en un sentido último, como si ese papel abarcara todo su ser. Niega, o quizás olvida, que tiene la libertad de hacer lo contrario —que el papel de "camarero" es simplemente un artefacto social, un conjunto de costumbres arbitrarias relacionadas con un comercio—. De hecho, elige de manera libre cómo se comporta mientras atiende las mesas, y elige libremente cómo se comporta en el resto de su vida. Pero, por alguna razón, se ha negado a sí mismo el ejercicio de tal elección.

²⁴⁴ Este argumento puede tener menos fuerza si ambos congresos son iguales, o relativamente similares, en relación con su composición.

La doctrina estadounidense de los remedios constitucionales encarna una restricción ilusoria similar. Los jueces a veces pretenden que enfrentan ciertas restricciones debido a su papel. No pueden agregar lenguaje a un estatuto para hacerlo constitucional. No pueden atender una impugnación a la ley cuando está disponible un remedio sobre la aplicación. Deben adoptar una lectura evasiva en lugar de invalidar un estatuto. Pero en realidad no existe ninguna de estas restricciones –no hay una justificación profunda para ellas, y los jueces comúnmente las rompen en la práctica–. En lugar de actuar como si no pudieran cambiar la ley, los jueces deben reconocer que ejercen una discreción sustancial al elegir remedios constitucionales. Esta libertad puede no ser buscada, pero no sirve de nada negar su existencia. En cambio, los jueces estadounidenses deberían elaborar un enfoque para ejercer esta libertad consistente con la lógica de nuestro sistema de gobierno. La ambición de este artículo ha sido mostrar que el mejor enfoque es encontrar el remedio que la legislatura promulgante hubiera preferido.

Fuentes

Adler, J. (2013), "Judicial minimalism, the mandate, and Mr. Roberts" en Persily, N. *et al* (eds.), *The health care case: the Supreme Court's decision and its implications*, Nueva York, Oxford University Press.

Alexander, L. (2011), "There is no first amendment overbreadth (but there are vague first amendment doctrines); prior restraints aren't 'prior' and 'as applied' challenges seek judicial statutory amendments", *Constitutional Commentary*, vol. 27, pp. 439-454.

Ayres, I. y Gertner, R., "Filling gaps in incomplete contracts: an economic theory of default rules", *Yale Law Journal*, pp. 87-130.

Balkin, J. (2009), "Framework originalism and the living Constitution", *Northwestern University Law Review*, núm. 2, vol. 103, pp. 549-614.

Barak, A. (2005), *Purposive interpretation in law*, Princeton (NJ), Princeton University Press.

Barrett, A.C. (2010), "Substantive canons and faithful agency", *Boston University Law Review*, vol. 90, pp. 109-182.

Beers, D. (1975), "Extension versus invalidation of underinclusive statutes: a remedial alternative", *Columbia Journal of Law & Social Problems*, vol. 12, pp. 115 y ss.

Bickel, A. (1962), *The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics*, Nueva York, Yale University Press.

Bizar, D. (1992), "Remedying underinclusive entitlement statutes: lessons from a contrast of the Canadian and U.S. doctrines", *The University of Miami Inter-American Law Review*, núm. 1, vol. 24, pp. 121-160.

Bouie, J. (2015), "The GOP's sick maneuvers: if the Supreme Court throws Obamacare into chaos, republicans are content to just watch it fail", *Slate*, 3 de febrero de 2015. Disponible en: «http://www.slate.com/articles/news_and_politics/politics/2015/02/republicans_hope_for_the_supreme_court_to_kill_obamacare_if_the_court_rules.html» [<https://perma.cc/Y33KJZ65>].

Calabresi, G. (1982), *A common law for the age of statutes*, Cambridge (MA), Harvard University Press.

_____ (2003), "Federal and state courts: restoring a workable balance", *New York University Law Review*, núm. 4, vol. 78, pp. 1293-1308.

Caminker, E. (1986), "A norm-based remedial model for underinclusive statutes", *Yale Law Journal*, vol. 95, pp. 1185-1209.

Campbell T. (2011), "Severability of statutes", *Hastings Law Journal*, vol. 62, pp. 1495-1526.

Chemerinsky, E. (1989), "The Supreme Court, 1988 term-foreword: the vanishing Constitution", *Harvard Law Review*, vol. 103, pp. 43-103.

Christiansen, M. y Eskridge, Jr., W. (2014), "Congressional Overrides of Supreme Court Statutory Interpretation Decisions, 1967-2011", *Texas Law Review*, vol. 92, pp. 1317-1515.

Crum, T. (2010), "The voting rights act's secret weapon: pocket trigger litigation and dynamic preclearance", *Yale Law Journal*, vol. 119, pp. 1993-2038.

Dahl, R. (1956), *Preface to Democratic Theory*, Chicago, University of Chicago Press.

_____ (1971), *Polyarchy*, New Haven (CO), Yale University Press.

Dorf, M. (1994), "Facial challenges to state and federal statutes", *Stanford Law Review*, vol. 46, pp. 235-274.

_____ (2007), "Fallback law", *Columbia Law Review*, núm. 2, vol. 107, pp. 303-373.

Dorsey, T. (2012), "Sense and severability", *University of Richmond Law Review*, vol. 46, pp. 877 y ss.

Dothan, S. (2014), *Reputation and judicial tactics: a theory of national and international courts*, Cambridge, Cambridge University Press.

Duclos, N. y Roach, K. (1991), "Constitutional remedies as 'constitutional hints': a comment on R. v. Schachter", *McGill Law Journal*, núm. 1, vol. 36, pp. 1-38.

Dworkin, R. (1986), *Law's empire*, Cambridge (MA), Belknap Press.

Elhauge, E. (2002a), "Preference-estimating statutory default rules", *Columbia Law Review*, núm. 8, vol. 102, pp. 2027-2161.

_____ (2002b), "Preference-estimating statutory default rules", *Columbia Law Review*, núm. 8, vol. 102, pp. 2162-2290.

_____ (2008), *Statutory default rules: how to interpret unclear legislation*, Cambridge (MA), Harvard University Press.

Emerson, T. (1963), "Toward a general theory of the First Amendment", *Yale Law Review*, vol. 72, pp. 877-956.

Eskridge, Jr., W. (1987), "Dynamic statutory interpretation", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 135, pp. 1479-1555.

_____ (1994), *Dynamic statutory interpretation*, Nueva York, Harvard University Press.

_____ (2008), "Vetogates, chevron, preemption", *Notre Dame Law Review*, vol. 83, pp. 1441-1494.

_____ y Farejohn, J. (2001), "Super-statutes", *Duke Law Review*, vol. 50, pp. 1215-1276.

Ezzell, R. (2013), "Statutory Interdependence in Severability Analysis", *Michigan Law Review*, núm. 8, vol. 111, pp. 1481-1512.

Fallon, Jr., R. (1991), "Making sense of overbreadth", *Yale Law Journal*, vol. 100, pp. 853-908.

_____ (2000), "As-applied and facial challenges and third-party standing", *Harvard Law Review*, núm. 6, vol. 113, pp. 1321-1370.

_____ (2011), "Fact and fiction about facial challenges", *California Law Review*, vol. 99, pp. 915 y ss.

_____ et al. (2003), *Hart and wechsler's the federal courts and the federal system* (5a. ed.), Foundation Press.

Feinberg, J. (1970), *Doing and deserving: essays in the theory of responsibility*, Princeton (NJ), Princeton University Press.

Fish, E. (2015), "Severability as conditionality", *Emory Law Journal*, núm. 5, vol. 64, pp. 1293-1359.

_____ (2016), "Constitutional avoidance as interpretation and as remedy", *Michigan Law Review*, núm. 7, vol. 114, pp. 1275-1315.

_____ y Hemel, D. (2012), "Congress' unconstitutional pay freeze", *National Law Journal*, vol. 34.

Fletcher, W. (1982), "The discretionary constitution: institutional remedies and judicial legitimacy", *Yale Law Journal*, núm. 4, vol. 91, pp. 635-697.

Fontana, B. (1991), "Damage awards for human rights violations in the european and inter-american courts of human rights", *Santa Clara Law Review*, núm. 4, vol. 31, pp. 1127-1169.

Frickey, P. (2005), "Getting from Joe to Gene (McCarthy): the avoidance canon, legal process theory, and narrowing statutory interpretation in the early Warren court", *California Law Review*, núm. 2, vol. 93, pp. 397-464.

Friedman, B. (1993), "Dialogue and judicial review", *Michigan Law Review*, núm. 4, vol. 91, pp. 577-682.

Friedman, B. (2002), "The birth of an academic obsession: the history of the counter majoritarian difficulty, part five", *Yale Law Journal*, núm. 2, vol. 112, pp. 153-259.

Gans, D. (2008), "Severability as judicial lawmaking", *George Washington Law Review*, núm. 3, vol. 76, pp. 639-697.

Gerken, H. (2011), *Online VRA symposium: reading the tea leaves-the uncertain future of the act*, SCOTUSBlog, 11 de septiembre de 2012. Disponible en: «<http://www.scotusblog.com/2012/09/online-vra-symposium-reading-the-tea-leaves-the-uncertainfuture-of-the-act/>» [<https://perma.cc/A3JQ-4QAW>].

Ginsburg, R. B. (1979), "Some thoughts on judicial authority to repair unconstitutional legislation", *Cleveland State Law Review*, núm. 3, vol. 28, pp. 301-324.

Gluck, A. (2011), "Intersystemic statutory interpretation: methodology as 'law' and the Erie doctrine", *Yale Law Journal*, núm. 8, vol. 120, pp. 1898-1998.

Grandy, C. (1993), "Original intent and the Sherman antitrust act: a re-examination of the consumer-welfare hypothesis", *The Journal of Economic History*, núm. 2, vol. 53, pp. 359-376.

Hanish, M. (1996), "California Supreme Court survey-bail conditions", *Pepperdine Law Review*, vol. 23, pp. 286 y ss.

Harrison, J. (2014), "Severability, remedies, and constitutional adjudication", *George Washington Law Review*. núm. 1, vol. 83, pp. 56-100.

Harrington, M., (1999), "The law-finding function of the American jury", *Wisconsin Law Review*, pp. 377-440.

Hart, H.L.A. (2013), "Discretion", *Harvard Law Review*, núm. 2, vol. 127, pp. 652-665.

Hasen, R. (2009), "Constitutional avoidance and anti-avoidance by the Roberts court", *The Supreme Court Review*, vol. 2009, pp. 181-223.

_____ (2013), "End of the dialogue? Political polarization, the Supreme Court, and Congress", *Southern California Law Review*, vol. 86, pp. 205-262.

Hogg, P. (1992), *Constitutional Law of Canada*, (3a. ed.), Scarborough, Carswell.

_____ (1994), *Constitutional Law of Canada*, (4a. ed.), Scarborough, Carswell.

Isserles, M. (1998), "Overcoming overbreadth: facial challenges and the valid rule requirement", *American University Law Review*, núm. 2, vol. 48, pp. 359-456.

Jacobsohn, G. (1977), "Citizen Participation in policy making: the role of the jury", *The Journal of Politics*, núm. 1, vol. 39, pp. 73-96.

Kahan, D. (1994), "Lenity and federal common law crimes", *The Supreme Court Review*, vol. 1994, pp. 345-428.

_____ (2011), "The Supreme Court 2010 term-foreword: neutral principles, motivated cognition, and some problems for constitutional law", *Harvard Law Review*, núm. 1, vol. 125, pp. 1-77.

Kant, I. (1993), *Grounding for the metaphysics of morals*, trad. de James W. Ellington, Indianápolis, Hackett Pub. Co.

Katyal, N. K. (1993), "Men who own women: a thirteenth amendment critique of forced prostitution", núm. 3, vol. 103, *Yale Law Review*, pp. 791-826.

_____ y Schmidt, T. (2015), "Active avoidance: the modern Supreme Court and legal change", *Harvard Law Review*, núm., 8, vol. 128, pp. 2109-2165.

Kavanagh, A. (2015), "What's so weak about 'weak-form review'? The case of the UK human rights act 1998", *International Journal of Constitutional Law*, núm. 4, vol. 14, pp. 1008-1039.

Kim, J. (2012), "Taking rape seriously: rape as slavery", *Harvard Journal of Law & Gender*, vol. 35, pp. 263-310.

King, L. (1983), "The unmaking of a bankruptcy court: aftermath of Northern Pipeline v. Marathon", *Washington and Lee Law Review*, vol. 40, pp. 99-120.

Klukowski, K. (2011), "Severability doctrine: how much of a statute should federal courts invalidate?", *Texas Review of Law & Politics*, núm. 1, vol. 16, pp. 1-111.

Kovacic, C. (1986), "Remedying underinclusive statutes", *Wayne Law Review*, vol. 33, pp. 39 y ss.

Langa, P. (1997), "The role of the constitutional court in the enforcement and protection of human rights in South Africa", *Saint Louis University Law Journal*, vol. 41, pp. 1259 y ss.

Lee, C. (2003), *Murder and the reasonable man: passion and fear in the criminal courtroom*, Nueva York, New York University Press.

Leishman, R. (2006), *Against judicial activism: the decline of freedom and democracy in Canada*, Montreal, McGill-Queen's Press.

Lewin, T. (1982), "Confusion over status of Bankruptcy Court", *New York Times*, 28 de diciembre de 1982. Disponible en: «<http://www.nytimes.com/1982/12/28/business/confusion-over-status-of-bankruptcy-court.html>» [<https://perma.cc/GUM7-5W8K>].

Lieber, F. (1837), *Legal and political hermeneutics, or principles of interpretation and construction in law and politics*, Boston, Charles C. Little & James Brown.

Llewellyn, K.N. (1940), "The normative, the legal, and the law-jobs: the problem of juristic method", *Yale Law Journal*, núm. 8, vol. 49, pp. 1355-1400.

Manning, J. (2001), "Textualism and the equity of the Statute", *Columbia Law Review*, núm. 1, vol. 101, pp. 29-56.

Mayhew, D. (2005), *Divided we govern: party control, lawmaking, and investigations, 1946-2002* (2 ed.), New Heaven (CO), Yale University Press.

Merrill, T. y Hickman, K. (2001), "Chevron's domain", *Georgetown Law Journal*, vol. 89, pp. 833-921.

Metzger, G. (2005), "Facial challenges and federalism", *Columbia Law Review*, vol. 105, pp. 873-932.

Miller, B. (1985), "Constitutional remedies for underinclusive statutes: a critical appraisal of Heckler v. Mathews", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 20, pp. 79-151.

Murray, S. y Montgomery, L. (2010), "House passes health-care reform bill without republican votes", *Washington Post*, 22 de marzo de 2010. Disponible en: «<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2010/03/21/AR2010032100943.html>» [<http://perma.cc/YB5J-BCLA>].

Nagle, J. C. (1993), "Severability", *North Carolina Law Review*, núm. 1, vol. 72, pp. 203-259.

Nourse, V. (2014), "Elementary statutory interpretation: rethinking legislative intent and history", *Boston College Law Review*, vol. 55, pp. 1613-1658.

O'Keefe, E. (2014), "The house has voted 54 times in four years on Obamacare. Here's the full list", *Washington Post*, 21 de marzo de 2014. Disponible en: «<http://www.washingtonpost.com/blogs/the-fix/wp/2014/03/21/the-house-has-voted-54-times-in-four-years-on-obamacare-heres-the-full-list/>» [<https://perma.cc/6QL9-VNCH>].

Persily, N. et al. (eds.), *The health care case: the Supreme Court's decision and its implications*, Nueva York, Oxford University Press.

Pildes, R. (2010), "Is the Supreme Court a 'majoritarian' institution?", *The Supreme Court Review*, núm. 1, vol. 2010, pp. 103-158.

Pildes, R. (2014), "Romanticizing democracy, political fragmentation, and the decline of American Government", *Yale Law Journal*, núm. 3, vol. 124, pp. 804-852

Pinard, D. (2006), "A plea for conceptual consistency in constitutional remedies", *National Journal of Constitutional Law*, núm. 1, vol. 18, pp. 105-168.

Re, R. (2014), "The doctrine of one last chance", *Green Bag 2d*, vol. 17, pp. 173-185.

Roach, K. (1994), *Constitutional remedies in Canada*, Ontario, Canada Law Books.

Rogerson, C. (1987), "The judicial search for appropriate remedies under the charter: the examples of overbreadth and vagueness", en Sharpe, R. (ed.), (1987), *Charter Litigation*, Toronto, Butterworths.

Sartre, J.P. (1956), *Being and nothingness: an essay on phenomenological ontology*, trad. de Hazel E. Barnes.

Schauer, F. (1995), "Ashwander revisited", *The Supreme Court Review*, vol. 1995, pp. 71-98.

Siegel, R. (2004), "Equality talk: antisubordination and anticlassification values in constitutional struggles over brown", *Harvard Law Review*, vol. 117, pp. 1470-1547.

Sharpe, R. (ed.), (1987), *Charter litigation*, Toronto, Butterworths.

Shepsle, K. (1992), "Congress is a 'they', not an 'it': legislative intent as oxymoron", *International Review of Law and Economics*, núm. 2, vol. 12, pp. 239-256.

Smith, G.C. (1987), "From unnecessary surgery to plastic surgery: a new approach to the legislative veto severability cases", *Harvard Journal on Legislation*, vol. 24, pp. 397 y ss.

Staff of The Washington Post (2010), *Landmark: the inside story of America's new health-care law and what it means for us all*, Nueva York, Public Affairs.

Stern, R. (1937), "Separability and separability clauses in the Supreme Court", *Harvard Law Review*, vol. 51, pp. 76-128.

Sunstein, C. (1989), "Interpreting statutes in the regulatory state", *Harvard Law Review*, vol. 103, pp. 405-508.

Sweeny, J. (2013), "Creating a more dangerous branch: how the United Kingdom's Human Rights Act has empowered the judiciary and changed the way the british government creates law", *Michigan State International Law Review*, núm. 2, vo. 21, pp. 301-335.

Tribe, L. (1984), "The legislative veto decision: a law by any other name?", *Harvard Journal on Legislation*, núm. 1, vol. 21, pp. 9-10.

Walsh, K. (2010), "Partial unconstitutionality", *New York University Law Review*, núm. 3, vol. 85, pp. 738-794.

Winter, Jr., R. (1972), "Poverty, economic equality, and the equal protection clause", *The Supreme Court Review*, vol. 1972, pp. 41-102.

Vermeule, A. (1997), "Saving constructions", *Georgetown Law Journal*, vol. 85, pp. 1945 y ss.

Ziegler, R. (2013), "The missing right to vote: the UK Supreme Court's Judgment in *Chester and McGeoch*", *UK Constitutional Law Association*, 21 de octubre de 2013. Disponible en: «<http://wp.me/plcVqo-zw>» [perma.cc/EN6W-GF7S].

Mill, acerca de la libertad de expresión*

Mill on Free Speech

OWEN FISS**

Resumen

En este ensayo el profesor Owen Fiss hace una revisión crítica de la obra de John Stuart Mill: *Sobre la libertad*, que presenta una defensa robusta de la libertad individual con base en el reconocimiento de la pluralidad de la condición humana. De acuerdo con el profesor Fiss, Mill buscó expandir la capacidad de cada individuo de crear una vida distintiva para sí mismo. A lo largo del texto, el profesor Fiss presenta los componentes centrales de la teoría desarrollada por Mill y los discute en el contexto de diferentes casos de la vida social y política estadounidense. Esta discusión hace patente que Mill entendió la libertad de expresión como parte de un proceso de autoexaminación que permite a las personas cuestionar las convenciones sociales y postulados éticos dominantes, y expresar libremente su individualidad.

Palabras clave: Libertad de expresión, Constitución, Primera Enmienda, libertad de prensa, censura, libertad individual.

* Trabajo traducido al español por Miguel Casillas Sandoval, revisado por Bradley Hayes, con la autorización del autor.

** Sterling Professor emérito de derecho en la Universidad de Yale. Este ensayo está basado en una clase que impartí en Santiago el 13 de junio de 2019, al recibir el doctorado *honoris causa* por la Universidad de Chile.

Abstract

In this essay Professor Owen Fiss makes a critical review of John Stuart Mill's *On Liberty*, which presents a robust defense of individual liberty based on the recognition of the plurality of the human condition. According to Professor Fiss, Mill sought to expand each individual's ability to create a distinctive life for himself. Throughout the text, Professor Fiss presents the central components of the theory developed by Mill and discusses them in the context of different cases of American social and political life. This discussion makes it clear that Mill understood freedom of expression as part of a process of self-examination that allows people to question dominant social conventions and ethical postulates, and freely express their individuality.

Keywords: Freedom of speech, Constitution, First Amendment, freedom of the press, censorship, individual freedom.

En 1859, John Stuart Mill publicó *Sobre la libertad*. Se trata de un reconocimiento elocuente y emotivo de la pluralidad de la condición humana, que busca expandir implacablemente la capacidad de cada individuo de crear una vida distintiva para él o para ella. Mill escribió ese ensayo para fomentar nuestra individualidad, incluso al punto de la excentricidad y para atacar a las fuerzas que nos conducen a la conformidad. "El hecho de que ahora sean tan pocos los que se atreven a ser excéntricos", advirtió, "es un indicio del principal peligro de nuestra época".

Mill buscó esta diversidad no como un fin en sí mismo, sino con el propósito de satisfacer una visión más amplia de desarrollo humano. Defendió la individualidad, e incluso la excentricidad, con base en la teoría de que estas cualidades conducirán al desarrollo más extenso de nuestras personalidades, y que este desarrollo, a su vez, promoverá tanto la felicidad de cada individuo como el bienestar de la sociedad.

Con estos fines en mente, Mill formuló su principio de libertad individual. En tiempos modernos, los filósofos han conocido este principio como del daño, aunque sería mejor denominarlo: principio de daño a otros. Éste prevé que las interferencias en la libertad de un individuo sólo pueden justificarse para prevenir que dañe a terceros, pero nunca con base en el provecho propio.

En el primer capítulo de *Sobre la libertad*, Mill presenta el principio de daño a otros. No obstante, en el segundo capítulo, en lugar de seguir desarrollando dicho principio, se embarca en una defensa de la libertad de expresión –no con base en el argumento más bien endeble de que la libertad de expresión no daña a terceros, sino en que la libertad de expresión es el medio necesario para poner a prueba las creencias de uno mismo. Sólo por medio de una discusión libre y abierta podemos evaluar si nuestros puntos de vista son verdaderos o falsos. Nadie es infalible, y si después de una discusión libre y abierta un individuo aún se adhiere a las mismas creencias, lo hará con una apreciación nueva e incluso con una convicción más firme de su verdad–.

Para Mill, el discurso no es una actividad solipsista; él reconoció que el discurso tiene lugar en presencia de los demás, y defendió la libertad tanto de recibir opiniones como de expresarlas. La libertad en la que insistió fue, en una frase que usaba repetidamente, una "libertad de discusión". Al enfatizar las dimensiones sociales del discurso, necesariamente aceptó que éste es capaz de incidir en una secuencia de eventos que termine por dañar a terceros. Aun así, insistió en proteger la libertad para expresar opiniones en mayor medida que la libertad de acción basada en el principio del daño a los otros.

Al inicio del capítulo III, Mill reconoce que el discurso puede ser una "instigación positiva" a cometer ciertas acciones que dañen a terceros. En un pasaje que se ha vuelto familiar para los abogados, escribió:

Opinar que los comerciantes de grano están matando de hambre a los pobres, o que la propiedad privada es un robo, es algo que no debe impedirse si se trata de una opinión que simplemente circula por la prensa, pero puede incurrirse en justo castigo si se grita ante una multitud enfervorecida que está reunida ante la casa de un comerciante de grano o si se sostiene en forma de pancarta ante dicha multitud.

El objetivo de ese pasaje es defender la potestad de la sociedad de contener a quienes inciten a una muchedumbre enardecida a la acción. También revela, sin embargo, que Mill pensaba que los editores y periodistas que expresaran estos mismos puntos de vista –"los comerciantes de grano están matando de hambre a los pobres", "la propiedad privada es un robo"– debían ser libres

para hacerlo. Mill no reparó en explicar por qué la prensa debía contar con esta libertad, y seguramente entendía que los ataques sistemáticos en contra de la propiedad privada o de la clase propietaria por parte de la prensa debilitarían el respeto a la propiedad privada con el tiempo y, en esa medida, causarían daños a terceros. Sin embargo, al reconocer que la prensa cuenta con esta libertad, dejó en claro que estaba dispuesto a proteger el discurso aun cuando éste pudiera dañar a terceros. Mill sólo estaba dispuesto a permitir la censura si el daño a terceros ocurría de manera directa e inmediata, y si ese potencial daño era prácticamente desastroso.

Al trazar una distinción entre la libertad de expresión y el principio de daño a los otros, Mill anticipó la evolución de la doctrina constitucional que ocurrió en muchas democracias, incluyendo a los Estados Unidos, durante el siglo XX. A partir de la era del New Deal en la década de 1930, la Corte Suprema de Estados Unidos se volvió cada vez más generosa en su protección de la libre expresión, al mismo tiempo que validó la autoridad regulatoria del gobierno por encima de argumentos acerca de libertad individual que, con la rúbrica del debido proceso sustantivo, buscaron la protección del principio del daño a terceros de Mill. En términos jurídicos, la libertad de expresión triunfó a lo largo del siglo XX y el debido proceso sustantivo colapsó. La libertad de expresión fue incrementalmente protegida aun cuando el dominio de la regulación gubernamental se expandió de manera radical.

En la evolución del entendimiento constitucional de la libertad de expresión, el trabajo de John Stuart Mill y su defensa de la libertad de expresión han sido invocados de manera frecuente. Estoy completamente de acuerdo con que los abogados lean filosofía, pero debo admitir que dicha práctica oscurece el carácter primariamente personal –en oposición a lo "político"– de la libertad que defendía Mill; él valoró la libertad de expresión porque genera las condiciones necesarias para que las visiones convencionales sobre cómo vivir la vida de cada uno puedan ser abiertamente criticadas y evaluadas. La libre discusión no asegura que el individuo sepa qué curso seguir a medida que diseña la ruta de su vida, mucho menos el camino que escogerá. Sin embargo, sin escuchar diversas opiniones y poner a prueba las inclinaciones de cada uno mediante una dis-

cusión abierta, el individuo tiene pocas esperanzas de hacerse de ese entendimiento algún día. De acuerdo con Mill, la libertad de expresión fomenta la individualidad mediante el proceso de autoexaminación.

Para los abogados, sin embargo, la libertad de expresión no es un principio filosófico, sino una norma jurídica que emerge en el proceso de establecer una estructura de gobierno. Por tanto, tiene un carácter más político que personal. Aunque la Constitución de Estados Unidos, por emplear un ejemplo instructivo, asume ciertas premisas sobre la naturaleza humana y puede ultimadamente buscar que se garantice el desarrollo más extenso de los ciudadanos y la sociedad en general, su propósito inmediato fue más limitado. Los autores de la Constitución no buscaron generar las condiciones para que florezca la individualidad, sino establecer un nuevo gobierno, y la Primera Enmienda –el precepto que busca garantizar la libertad de expresión– emergió como parte de este esfuerzo de construcción de Estado. Como una norma de derecho, la Primera Enmienda no busca fomentar el tipo de individualidad que Mill procuró, sino más bien garantizar el funcionamiento adecuado del sistema democrático de gobierno que estaba siendo establecido.

En el derecho, la libertad de expresión es valorada en virtud de su contribución al proceso de deliberación pública. Aunque de acuerdo con Mill, el debate libre y abierto podría ayudar a los individuos a determinar cómo deben vivir sus vidas, desde el punto de vista de la Constitución este beneficio es únicamente incidental a la persecución de una finalidad más amplia y más política: la de proporcionar a los ciudadanos el conocimiento y las opiniones que necesitan a fin de ejercitar sus prerrogativas soberanas efectiva y sabiamente. La libertad de expresión en el contexto constitucional es necesaria para que los ciudadanos puedan elegir a sus servidores públicos y hacerlos responsables y, por tanto, para dar vida al ideal democrático. La libertad que la Primera Enmienda busca proteger es más colectiva que individual; más política que personal. Expande la libertad del pueblo, propiamente constituido como pueblo.

Debido a la naturaleza personal de la libertad que buscó proteger Mill, no es ninguna sorpresa que el tipo de censura que le preocupaba fuera primordial-

mente social. Mill alzó la voz en contra de las sanciones informales que experimenta un individuo al expresar su punto de vista. El desprecio deliberado era su preocupación central. Desde luego, condenaba la represión estatal, pero él entendía esa amenaza particular a la libertad como secundaria. El Estado no era más que el agente de la sociedad y, en su mundo, constituía una amenaza menor que la sociedad en sí misma. Las herramientas en manos del Estado bien podían ser aún más duras y brutales que aquellas disponibles para nuestros conocidos y más duras y brutales que los instrumentos de la opinión popular, como los periódicos, las escuelas y las iglesias. Pero desde la perspectiva de la libertad individual, las sanciones sociales podían restringir la libertad tanto como –y tal vez incluso más que– aquellas impuestas por el derecho. Mill presentó *Sobre la libertad* como una protesta en contra del despotismo de la costumbre.

Al identificar a las sanciones sociales en lugar de las sanciones jurídicas como su principal fuente de preocupación, la perspectiva de Mill bien podría ser un reflejo del contexto histórico en el que se encontraba inmerso –la sociedad cortés de la generación victoriana intermedia–. En ese sentido, sus puntos de vista también podrían haber sido influidos por sus circunstancias personales; específicamente, por su relación con Harriet Taylor, una relación que desafió los usos y costumbres de la época. Se conocieron en 1830, cuando Harriet Taylor, esposa de John Taylor, se sintió disgustada con su matrimonio y buscó la compañía de Mill. Por los próximos 20 años, Mill y la señora Taylor se vieron prácticamente todos los días e incluso viajaron juntos. Lo anterior ocurrió con la aquiescencia de John Taylor, quien facilitó la relación y permaneció en buenos términos con Mill, aunque la situación escandalizó a la sociedad londinense y fueron obligados a separarse. El señor Taylor murió en 1849; Mill y la señora Taylor respetaron el tradicional periodo de duelo de dos años y se casaron en 1851. La señora Taylor falleció en 1858, un año antes de la publicación de *Sobre la Libertad*. Con una emotiva inscripción, Mill le dedicó esta protesta profundamente sentida en contra del despotismo de la costumbre.

Más allá de estas contingencias históricas, el énfasis de Mill en la censura social, en oposición a la censura estatal, puede deberse al valor que adscribió

a la libertad de expresión en el proceso de desarrollo individual. Mill entendió ésta como una libertad personal. Una teoría de la libertad de expresión que condene la censura estatal, pero permita la censura social sería insuficiente para proporcionar a los individuos la libertad necesaria para examinar las doctrinas éticas y creencias religiosas dominantes o, más generalmente, para determinar cómo vivir mejor su vida. Con todo, la concepción política de libertad de expresión —la que emana de la Constitución— tiene una orientación diferente. Si bien valora la libertad y el debate abierto, la iluminación que busca promover no es la individual, sino la del *demos* —del pueblo como pueblo—. La libertad que fomenta la Primera Enmienda es una libertad política.

Al exigir esta libertad, el ciudadano no está intentando decidir cómo vivir su propia vida —la preocupación central de Mill—, sino cómo hacer que los servidores públicos sean responsables frente a los deseos y necesidades del pueblo. La libre expresión es un complemento de la democracia. Consecuentemente, la principal amenaza a esta concepción más bien política de la libertad de expresión es la acción de los servidores públicos, quienes podrían intentar manipular o controlar a los ciudadanos, y por tanto comprometer su soberanía, reprimiendo la crítica de las políticas estatales o interfiriendo con la elección de candidatos para cargos públicos. No es una sorpresa, entonces, que la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos esté fraseada como una restricción hacia una de las ramas de gobierno: "El Congreso no deberá crear ninguna ley que restrinja la libertad de expresión, o la libertad de prensa".

Los tribunales no siempre han mantenido esta línea entre la libertad política y la libertad personal al identificar amenazas a la libertad de expresión. En una decisión estadounidense bien conocida que se emitió a finales de la década de 1940, el juez Hugo Black mantuvo que el Estado tenía un deber constitucional de proteger al orador en la esquina de la calle de la amenaza de violencia de un reventador de mítines (*heckler*) —no de un oficial del Estado, sino de un ciudadano enojado y ofendido por el discurso del orador, que amenaza con el uso de la violencia como un medio para detener el discurso del otro—. En este contexto, Black impuso un deber al Estado de arrestar al reventador, no al orador. Inicialmente, el juez Black expresó este punto de vista en un voto disidente, pero

su posición se convirtió en la doctrina mayoritaria más adelante, y sirvió como base fundacional para un entendimiento más amplio de las fuerzas sociales o dinámicas que ponen en riesgo la libertad de expresión.

La regla que estableció Black al negar al reventador el derecho de veto fue aplicada, por ejemplo, para impedir que los propietarios de un centro comercial excluyeran a activistas políticos de su propiedad, y para obligar a las emisoras a transmitir al aire puntos de vista que, de otro modo, serían marginados. Aquellos que presentaron este argumento cumplieron con el estándar legal de "acción estatal" –según el cual la Primera Enmienda es una prohibición de la acción del gobierno–, al tratar a la inacción estatal como una forma de acción. La inacción constituye una acción cuando existe un deber de actuar. El Estado vulnera la libertad de expresión, sostiene esta corriente de pensamiento, cuando no cumple su deber de proteger a un interlocutor del censor o del dueño de un centro comercial o de una emisora pública –instituciones y actores que son más sociales que gubernamentales–.

Al proteger la doctrina del veto del reventador y así reconocer la obligación positiva del Estado de promover el debate libre y abierto, la Suprema Corte entendió que el Estado tiene dos caras. No debe ser visto siempre como un enemigo de la libre expresión. Por medio del establecimiento de instituciones familiares para cualquier democracia funcional –educación pública, bibliotecas públicas e incluso emisoras públicas– el Estado puede erigirse en amigo de la libre expresión, pues estas instituciones desempeñan un papel importante al expandir el discurso público y asegurar así la libertad política. Como amigo del discurso, el Estado puede recorrer a la autoridad que goza inevitablemente cualquier agente para brindar protección en contra del despotismo de la costumbre, y más aún, en contra de la ignorancia y la indiferencia de las masas. El juez Louis Brandeis, una figura icónica en la historia de la Corte Suprema de Estados Unidos, advirtió en alguna ocasión que el peligro más grande que enfrenta una democracia es un pueblo indiferente.

La visión de Mill sobre la libertad de expresión también ha resultado ilustrativa para delinear el alcance de las actividades protegidas por una norma

constitucional que garantiza la libre expresión, y en este sentido ha sido especialmente útil para la protección jurídica del arte. A pesar de que en los Estados Unidos las instituciones políticas no han restringido la producción cultural en términos generales, de hecho, han buscado prohibir la venta y distribución de libros sexualmente provocativos, películas y revistas –pornografía–, esta censura ha sido defendida sobre la base de que la diseminación extendida de material sexualmente explícito incrementa el riesgo de violencia física en contra de las mujeres y puede alterar el patrón normal de desarrollo de los niños y las niñas, exponiéndoles a temáticas sexuales demasiado pronto. Más recientemente, algunas personas han defendido la regulación de películas sexualmente explícitas, libros y revistas, con base en que transforman a las mujeres en objetos sexuales, lo que no sólo aumenta el peligro de agresión sexual, también mina su credibilidad como actores políticos y contribuye a su subordinación.

En la era del New Deal, a medida que el discurso comenzó a ganar protección expansiva en Estados Unidos, la censura estatal del arte y la literatura sexualmente explícitos se aprobó prácticamente sin control judicial. En la segunda mitad del siglo XX; sin embargo, –y particularmente desde 1960– la Suprema Corte rompió con esta tradición. La Corte no invalidó el poder del Estado para censurar literatura y arte sexualmente explícitos por completo, pero en nombre de la Primera Enmienda y la libertad de expresión que garantiza, estableció límites rígidos a esta forma de censura. Nominalmente, la Corte permitió la censura de la obscenidad, pero limitó ese tipo de censura por medio de una definición de categoría de obras artísticas que podrían resultar obscenas. La obscenidad, según la definió, requiere de explicitud sexual, esto es, de un llamado a un interés lascivo en la sexualidad, y –más importante aún– de que la publicación o película carezcan absolutamente de algún valor social, político o artístico que las redima.

Imagino que el principio de libre expresión de Mill fácilmente hubiera respaldado este límite sobre la competencia del censor. Mill defendió la libertad de expresión porque permite a las personas evaluar críticamente las convenciones sociales que gobiernan sus vidas. La libre expresión permite a los individuos cuestionar los dogmas religiosos y postulados éticos dominantes. De esta forma,

Mill entendió la libertad de expresión como parte de un proceso de autoexaminación, y concibió dicho proceso en términos esencialmente racionalistas. Como tal, estaba menos preocupado por la libertad de expresión que por la "libertad de discusión", "la libertad de opiniones" y "la libertad de pensamiento".

Ciertamente, el arte no es racionalista; no expresa una opinión, sino que apela a la imaginación; sin embargo, una vez que reconocemos la importancia del arte en el desarrollo de la personalidad humana —el papel crucial que desempeña, por ejemplo, en el desarrollo de nuestras personalidades al representar las vidas de los otros e invitarnos a compartir de sus experiencias— podemos entender que también puede ser protegido por el principio de libertad de expresión de Mill. Lo que sería protegido no es el acto de creación artística —la expresión del artista—, sino la libertad de los demás de ver y experimentar una creación artística, lo cual, de manera muy semejante al debate libre y abierto sobre religión y ética, es esencial para la evaluación crítica de las convenciones sociales, y, por tanto, para el desarrollo completo de la personalidad humana.

Por estas razones, podemos entender fácilmente por qué una concepción personal de libertad como la que propuso Mill conduce a una protección robusta del arte, e incluye la de un libro, revista o película con imágenes sexualmente explícitos. Sin embargo, desde la perspectiva de una tradición jurídica anclada a una concepción política de libertad, se vuelve difícil justificar estas limitaciones sobre la censura estatal. La democracia puede requerir de elecciones periódicas, de competencia entre candidatos rivales y de un debate libre y abierto sobre los asuntos públicos y los méritos de cada candidato y su desempeño en el servicio público, pero ¿acaso también requiere que las personas sean libres de leer *El amante de Lady Chatterley*?

En su ahora famoso artículo de 1971 en el *Indiana Law Journal*, Robert Bork, antes colega mío en Yale, abordó frontalmente esa pregunta; trazó una distinción clara entre las concepciones personal y política de libertad de expresión. Él entendió que la Primera Enmienda protege una libertad política, no personal, y argumentó que la protección del arte por parte de los tribunales no puede justificarse con base en la Primera Enmienda, y que un sistema democrático funcional

depende de contar con ciudadanos de pensamiento independiente, crítico e imaginativo —exactamente como aquellos que Mill admiró—, pero estimó que proteger el arte mediante la Primera Enmienda conduciría a "una estampida analógica" virtualmente sin límites para el contenido y alcance de la Primera Enmienda. Cualquier cosa que se estime necesaria para contar con ciudadanos alertas sería protegida. Educación. Trabajo. Riqueza.

Preocupado por un resultado de esta naturaleza, Bork insistió en una conexión muy estrecha entre el contenido político y el discurso que puede ser protegido por la Primera Enmienda: para él, sólo el discurso que verse explícitamente sobre el gobierno, como aquel que critica a un candidato o favorece una política pública por encima de otra, debía ser protegido. Una visión como ésta excluiría la mayor parte de las expresiones artísticas de protección constitucional, y el argumento que presentó Bork en su artículo fue comprendido precisamente en ese sentido. El texto puso en entredicho todo el cuerpo de normas que la Corte Suprema había establecido para limitar la facultad del Estado de censurar libros, revistas y películas sexualmente explícitas, y por ende se convirtió en un grito de guerra de las fuerzas conservadoras.

Las implicaciones totales de la posición que sostuvo Bork se hicieron evidentes en 1987, cuando fue nominado por el presidente Ronald Reagan para convertirse en juez de la Corte Suprema. Las fuerzas liberales, incluyendo a aquellos que se dedicaron a la protección extensa de la libertad de expresión, se opusieron vehementemente a su candidatura. El resultado fue un proceso de confirmación prolongado y reñido en el Senado, que se transmitió enteramente en televisión nacional y volcó al país en un seminario de derecho constitucional. Al final, el Senado rechazó la candidatura. Muchos factores explican este resultado, incluyendo la política partidista, así como la visión de Bork sobre cuestiones diversas a su entendimiento de la libertad de expresión —como el control de natalidad y los derechos civiles—; sin embargo, su hostilidad hacia las decisiones de la Suprema Corte que limitaron la censura de material artístico supuestamente obsceno jugó un importante papel en la oposición y el rechazo de su candidatura. Como resultado, algunos han interpretado este hecho público como uno que brindó cierto apoyo en la Constitución a la concepción personal de libertad de expresión asociada con Mill.

Con todo, la fuerza de la objeción de Bork contra la práctica judicial de ignorar la distinción entre libertad de expresión política y personal –su miedo a una "estampida analógica"– persistió; de hecho, podría explicar la existencia de una doctrina judicial que prioriza la protección del discurso político acerca del gobierno con base en la Primera Enmienda. De acuerdo con esta doctrina, las restricciones al discurso que critica servidores y políticas públicas deben ser revisadas rigurosamente por los tribunales. Tales restricciones no pueden ser permitidas a menos que tengan un propósito gubernamental imperioso. Este estándar elevado para la protección del discurso político bajo la Primera Enmienda –con independencia de si se trata de una manifestación del Ku Klux Klan (KKK) o de una marcha por los derechos civiles– estrecha inevitablemente el compás de la censura estatal del discurso político y encuentra sus raíces en la visión, respaldada por la Suprema Corte en 1964, de que la prohibición de la difamación sediciosa –leyes que criminalicen críticas hacia el gobierno– constituye el "significado central" de la Primera Enmienda.

La prioridad que goza el discurso político no destierra al arte de la protección de la Primera Enmienda, como argumentó Bork, solamente reduce el grado de protección judicial que recibe. Las restricciones que interfieran con la concepción personal de libertad que se asocia con Mill no deben ser juzgadas con el mismo estándar de escrutinio aplicable al discurso político. La censura del arte puede ser constitucionalmente permisible, aun cuando dicha censura sirva a un fin público más débil y debatible y no sea un instrumento estrictamente necesario para conseguir ese fin. En este sentido, el arte permanece cubierto por la tradición constitucional que protege la libertad de expresión, aun cuando se pueda entender más propiamente dentro de la concepción personal de libertad: más esencial para el desarrollo individual que para el funcionamiento del sistema político.

Desde esta perspectiva, todos deben leer o releer *Sobre la libertad*. Cuando menos, será bueno para su alma; les volverá más tolerantes con aquellos individuos que son excéntricos; incluso, podría animarles a cultivar su propia individualidad de formas significativas; sin embargo, debería quedar claro que, al pedir tolerancia por la excentricidad, Mill sólo objetaba contra el despotismo de la tradición, contra el desprecio dirigido a preservar la ortodoxia;

no estaba llamando a suprimir el juicio individual –lejos de ello–. "Tenemos un derecho –insistió Mill– a actuar conforme a nuestra opinión desfavorable sobre una persona, sin menoscabo de su individualidad, sino en el ejercicio de la nuestra".

Leer a Mill no solamente será bueno para su alma, también será valioso para su entendimiento del derecho. Aunque no da respuesta a las preguntas que pertenecen propiamente a un bufete jurídico, añade una perspectiva enteramente nueva a la protección constitucional de la libertad de expresión. Al enfatizar en el papel que puede desempeñar el discurso en el desarrollo de la personalidad, Mill coloca al centro dos percepciones muy diferentes de la libertad de expresión –una personal, la otra política–. La libertad que protege el derecho es política y, aun así, hemos visto –como en el caso del esfuerzo judicial por proteger de la censura de las fuerzas sociales, así como en la doctrina de la Corte Suprema protegiendo el arte– que el argumento de la libertad personal defendido por Mill encuentra su camino hacia el derecho final y casi irresistiblemente.

Algo aún más relevante de Mill para la doctrina constitucional tiene que ver con aquella actividad que él no valoraba sino atesoraba: las fuertes afirmaciones de convicción, el debate enérgico, el intercambio de ideas y, para tomar prestada una frase afortunada suya, "la colisión de opiniones adversas". La celebración de esta colisión, con independencia de si la motiva una teoría política democrática o una teoría de desarrollo individual, se predica con base en el reconocimiento de nuestra falibilidad que hace Mill. Escuchar opiniones diversas y antagónicas nos puede obligar a poner de lado nuestras creencias iniciales y mirar al mundo de nuevo. Alternativamente, la colisión de opiniones adversas puede relevar que nuestras creencias iniciales eran verdaderas y, entonces, éstas pueden ser acogidas con mayor convicción, pues han resistido a la prueba de fuego.

Penas (in)constitucionales: silos de la Octava Enmienda, fines penológicos y "ruina" de las personas*

(Un)Constitutional punishments: Eighth Amendment silos, penological purposes, and people's "ruin"

JUDITH RESNIK**

Resumen

En 2019, todos los jueces de la Corte Suprema de Estados Unidos acordaron en *Timbs vs. Indiana* que la prohibición constitucional de multas excesivas se aplicaba a los estados. La argumentación de la Corte discutió el "linaje venerable" de la Cláusula de Multas Excesivas y calificó sus protecciones como fundamentales. El juez Thomas, coincidiendo con la opinión de la Corte, señaló que la prohibición inglesa contra multas excesivas buscaba aislar a los ciudadanos de lo que los historiadores han llamado multas ruinosas.

* Trabajo publicado originalmente como "(Un)Constitutional punishments: eighth amendment silos, penological purposes, and people's 'ruin'", en *The Yale Law Journal Forum*, traducido al español, con la autorización de la autora, por Joulina Roper Patarroyo. Todos los derechos reservados. Diciembre de 2019. Este ensayo es parte de un proyecto más amplio, apoyado por mi beca Andrew Carnegie, para investigar y escribir sobre lo permisible y lo inadmisibles en el castigo. Este análisis no debe ser atribuido a la Fundación Carnegie.

** Profesora de Derecho en la Facultad de Derecho de Yale y directora fundadora del Centro Liman de derecho de interés público. Imparte cursos sobre federalismo, procedimiento, juzgados, cárceles, igualdad y ciudadanía. Su beca se centra en la relación de los valores democráticos con los servicios gubernamentales, como tribunales, prisiones y oficinas de correos; las funciones de la reparación colectiva, las acciones colectivas y el arbitraje; conflictos contemporáneos por la privatización; las relaciones de los estados con los ciudadanos y no ciudadanos; las formas y normas del federalismo, e igualdad y género.

Este ensayo contextualiza el caso *Timbs* en la búsqueda de la Corte de medidas para valorar la legitimidad de las decisiones de los gobiernos acerca de la pena. En 1960 y los años siguientes, la Corte se encontró repetidamente ante desafíos de castigo, cuando las personas condenadas y encarceladas afirmaban que el derecho constitucional restringía los respectivos poderes soberanos. Se trae a colación una serie de casos que han sentado silos doctrinales, para mostrar la relación entre los aspectos que animan por límites judiciales al sentenciar, y al reconocimiento judicial de los derechos de las personas encarceladas a la seguridad, el saneamiento, la alimentación, la atención médica, el acceso a los tribunales y la práctica religiosa. Se sostiene que este cuerpo de normas, producido por la insistencia de individuos condenados que tenían derecho a la protección constitucional, debe interpretarse como un nascente principio antirruina, que todas las ramas del gobierno necesitan implementar.

Palabras clave: Castigo cruel e inusual, multas excesivas, derechos de los presos, sentencia, principio antirruina, interpretación constitucional, fines penológicos, igualdad de protección, indigencia, condiciones de reclusión, incorporación, *Timbs vs. Indiana*.

Abstract

In 2019, all Justices on the U.S. Supreme Court agreed in *Timbs v. Indiana* that the Constitution's prohibition on excessive fines applied to the states. The Court's opinion discussed the Excessive Fines Clause's "venerable lineage" and termed its protections "fundamental." Justice Thomas, concurring, wrote that the English prohibition against excessive fines aimed to insulate citizens from what historians called "ruinous fines."

This Essay puts *Timbs* into the context of the Court's search for metrics to assess the legitimacy of governments' choices about punishment. In and after the 1960s, as convicted and incarcerated people asserted that constitutional law constrained sovereign powers, the Court repeatedly encountered challenges to punishment. I bring together lines of cases that have sat in doctrinal silos to show the links between the concerns animating judicial limits on sentencing and judicial recognition of incarcerated people's rights to safety, sanitation, food, medical care, access to courts, and religious observance. I argue that this body of law, produced through convicted individuals' insistence that they were entitled to constitutional protection, should be read to constitute a nascent anti-ruination principle that all branches of government need to implement.

Keywords: Cruel and unusual punishment, excessive fines, prisoners' rights, sentencing, anti-ruination principle, constitutional interpretation, penological purposes, equal protection, indigency, conditions of confinement, incorporation, *Timbs v. Indiana*.

1. Ganando la capacidad de impugnar la prerrogativa soberana de la pena

Perder un automóvil en una zona rural de Indiana o una empresa automotriz en Dakota del Sur. La pérdida de la licencia de conducir por no poder pagar las tasas o multas en Tennessee, Virginia, Nueva York y Michigan. Ser enviado a prisión por ser demasiado pobre como para pagar una multa de 500 dólares por cometer un robo menor, o de 425 por infracciones de tránsito. Ser segregado racialmente en prisión; encadenado; sometido a suciedad y violencia; recibir únicamente pan y agua, o ser encerrado en aislamiento solitario para pasar 23 horas de los siete días de la semana en una pequeña celda durante años. Ser privado de sus derechos debido a una condena. Ser desnacionalizado. Ser ejecutado.

Las personas sometidas a cada uno de estos castigos han argumentado ante los jueces federales que la Constitución de los Estados Unidos prohíbe su imposición. Muchos se han basado en la Octava Enmienda, que dispone "no se exigirá una fianza excesiva, ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirán castigos crueles e inusuales".

¿Qué significan esas palabras y qué derechos les confieren a los individuos? Dado que la Octava Enmienda se basa en la Declaración Inglesa de los Derechos de 1689 y en las primeras constituciones estatales, uno pensaría que las respuestas a estas preguntas vendrían de una jurisprudencia que tiene siglos de antigüedad. Sin embargo, hasta hace poco la Corte Suprema de los Estados Unidos ha comenzado a dar respuesta a una serie de cuestiones sobre las restricciones constitucionales al castigo. Cada uno de los ejemplos con los que comencé se basa en casos decididos en los últimos 70 años, y cada uno ha provocado que al menos algunos jueces —y en ocasiones la Corte— insistan en que, aunque los gobiernos tienen amplia libertad para elegirlos, algunas penas son inadmisibles.

La decisión en *Timbs* es, por tanto, un paso importante. Constituye una oportunidad para reconsiderar la importancia de la jurisprudencia sobre el castigo,

proferida por la Corte hasta la fecha. En este ensayo, reúno diferentes aspectos de los casos fallados por la Corte sobre sanciones penales para analizar sus contornos y cómo Timbs contribuye a la jurisprudencia del castigo.

Comienzo con un bosquejo de ideas desarrolladas mucho antes de la década de 1960, cuando los teóricos defendían que ciertos castigos eran ilegítimos, y algunas decisiones de la Corte Suprema abordaron la legalidad de sanciones particulares. Luego me dirijo a la década de 1960, cuando problemas de raza y pobreza llevaron a la Corte a un compromiso continuo con el castigo estatal y establecieron firmemente la proposición de que los "debidamente condenados" (tomando prestado el texto de la Constitución) tienen la autoridad para impugnar sus castigos. Integro las normas sobre sentencias inconstitucionales con el derecho acerca de las condiciones penitenciarias inconstitucionales porque ambos tipos de reclamos requieren que los tribunales aborden la misma pregunta: ¿qué limita el poder soberano para castigar?

Las respuestas se hacen visibles mediante una amalgama de líneas doctrinales que no se agrupan regularmente. Cualquiera que sea la categoría legal (sentencias, condiciones carcelarias, protección igualitaria, debido proceso u otras disposiciones constitucionales) la Corte insiste en que el castigo estatal no puede ejercerse sin objetivo o al azar, sino que, por el contrario, debe cumplir fines legítimos de los gobiernos. Las discusiones a menudo proceden siguiendo las líneas de una investigación utilitaria que identifica los fines permisibles ("propósitos penológicos") y, basándose en una prueba de racionalidad, evalúa los medios.

Como lo reflejan muchas de las decisiones, los propósitos que identifican los tribunales son amplios y pueden implementarse para justificar una variedad de sanciones. Lo que la jurisprudencia también refleja es que un enfoque utilitario no captura la gama completa de fallos en los que se impone un castigo. En casos en que la Corte se ha horrorizado o ha visto injusta una forma particular de castigo, se ha negado a permitirlo; incluso cuando dicho castigo está fundamentado históricamente, de hecho, es un lugar común en lugar de "inusual" (el término de la Octava Enmienda), y posiblemente relacionado con fines lícitos.

En sus opiniones, los jueces no son filósofos cuidadosos (haciendo distinciones entre propósitos, principios y límites o delimitando medios y fines) ni empiristas rigurosos (cautelosos al hacer afirmaciones causales). Por el contrario, los tribunales ofrecen una lista exhaustiva de lo que consideran metas estatales legítimas, que incluyen disuasión, inhabilitación, retribución y rehabilitación, así como conveniencia administrativa, seguridad comunitaria e institucional, y gastos. Muchos jueces se describen a sí mismos como unos que tienen en cuenta estas preocupaciones, pues valoran si una sanción en particular es excesivamente severa o desproporcionada, conlleva la imposición innecesaria de dolor, falla al reflejar la decencia del orden social o socava valores como la igualdad, libertad, libertad religiosa y dignidad.

Como lo sugiere este panorama, los jueces regularmente han acudido a teorías de la sociología, la penología y la criminología de los siglos XIX y XX para justificar y explicar las diferentes formas de castigo. Asimismo, las opiniones que se tienen del castigo se relacionan con las corrientes intelectuales y las agendas populares que se desarrollan en la política y en derecho en el momento en que se toman las decisiones. La creciente implicación de la Corte con la pena fue un instrumento del movimiento de derechos civiles de la década de 1960. Puesto en marcha cuando los activistas sociales desafiaron el despliegue discriminatorio generalizado del poder estatal, la apertura de la Corte a las demandas de los acusados criminales y prisioneros fue compartida por otras ramas del gobierno. Del mismo modo, el retroceso posterior de la Corte de frenar las penas mediante la adopción de una postura más deferente hacia los legisladores estatales y los funcionarios penitenciarios estaba en sintonía con el enfoque de "nada funciona" que, alimentado por temores raciales, desplazó las preocupaciones sobre bienestar social, discriminación y rehabilitación. Una vez más, todas las ramas del gobierno vincularon la disuasión con las leyes y prácticas retributivistas.

Concluyo argumentando que la decisión de 2019 en *Timbs* y otro pequeño grupo de decisiones sobre la Cláusula de Multas Excesivas se pueden usar para interrumpir la discusión aislada acerca de las distinciones entre las cláusulas de la Octava Enmienda u otras disposiciones constitucionales aplicadas a la pena.

Aun cuando en *Timbs* el Tribunal no decidió de fondo si la confiscación en cuestión era inconstitucional, la Corte explicó que el principio que anima la Cláusula de Multas Excesivas es aquel que señala que los gobiernos no deben usar su poder punitivo para explotar y socavar a los individuos (como lo hicieron los Códigos Negros con las multas draconianas) para "tomar represalias o relajar" el discurso o, en otras palabras, abusar de la gente (139 S. Ct 682, 688-89). El juez Thomas, mostrándose de acuerdo, acotó el punto al describir que la Cláusula prohíbe la "ruina económica de [un] criminal".¹

Esta prohibición, que se remonta a la Carta magna, se forjó en épocas repletas de estigmas, deportación y ejecución en lugar de encarcelamiento. A continuación, exploro cómo la prohibición de multas ruinosas se relaciona con el desarrollo de la jurisprudencia que limita ciertas prácticas condenatorias y formas de castigos en prisión, pero condona otras. Al profundizar en lo que la revolución de los derechos civiles de 1960 ha producido durante los últimos 70 años, demuestro que el derecho constitucional ha revisado lo que conforma fines legítimos de la pena, aun cuando los jueces no se percataran de que lo estaban haciendo.

Antes de la década de 1960, las cárceles podían arruinar a las personas dejándolas en la decadencia y oscuridad, alimentándolas con comida podrida y sin brindarles atención médica. Hasta la década de 1970, los gobiernos estatales y federales resistieron los reclamos según los cuales la Constitución imponía comportamientos diferentes. Pero a medida que las personas condenadas y encarceladas obtuvieron el reconocimiento de que tenían derecho a la protección constitucional, persuadieron a los tribunales para imponer nuevos límites a las penas. Las decisiones de la Corte han generado deberes positivos de proporcionar diversos tipos de asistencia e intervención con el fin de evitar daños.

¹ *Id.* en 694 (Thomas, J., concurrente) (citando *The history of England under the house of Stuart, including the Commonwealth* 801. El juez Thomas también invocó a otros historiadores que escribieron acerca de la imposición de "multas ruinosas". *Id.* (citando a Schwoerer [1981, p. 91]). El juez Thomas consideraba que la historia dejaba claro que, como un "derecho constitucionalmente enumerado", la Cláusula de Multas Excesivas era "un privilegio de la ciudadanía estadounidense". *Id.* p. 698.

Estos deberes constitucionales aumentan lo que el *common law* y las obligaciones estatutarias de custodia disponen.²

Los ejemplos que serán discutidos a continuación provienen de opiniones que sostienen que la Cláusula de Castigos Crueles e Inusuales prohíbe que los Estados recluyan a los prisioneros en condiciones violentas y deplorables, y que retengan deliberadamente la atención médica necesaria. A comienzos de las décadas de 1960 y 1970, la Corte reconoció los derechos de los prisioneros a una alimentación adecuada, ejercicio, acceso a los tribunales, libertad religiosa, algunas oportunidades de expresión y asociación establecidas en la Primera Enmienda, protección igualitaria y al debido proceso cuando se toman ciertas decisiones posteriores a la condena.

El conjunto de normas, al que han dado lugar los prisioneros, ha reformulado cómo las personas que dirigen las cárceles piensan acerca de su trabajo. Hoy en día, los sistemas penitenciarios han dejado de defender que la Constitución de los Estados Unidos no tiene nada que decirles. De hecho, los directores de los centros penitenciarios han incorporado obligaciones constitucionales en la organización de las actividades diarias. Si bien son disfuncionales como sistemas que brindan cuidado, las cárceles son uno de los pocos servicios sociales que se mantiene, proveyendo a las 1.5 millones de personas condenadas un sistema público de vivienda y atención médica.

Actualmente no es posible tener un panorama esperanzador de las cárceles. En los años en que el derecho constitucional comenzó a imponer obligaciones, los enjuiciamientos y la población carcelaria se dispararon. Los mandatos esbozados anteriormente están lejos de implementarse en muchas jurisdicciones.

² Los deberes de custodia (incumplidos regularmente, como detallo) se derivan del *common law* y del derecho estatutario. Véase, por ejemplo, *Spicer vs. Williamson*, 132 S.E. 291, 293 (N.C. 1926); 18 U.S.C. §§ 4042 (a) (2)-(3) (2018). Esa disposición requiere que la Oficina Federal de Prisiones "provea la custodia, cuidado y subsistencia [y] para la protección de todas las personas" confinadas. Los remedios estatales por el ilícito de violar las obligaciones de custodia se analizan en *Mennici vs. Pollard*, 565 U.S. 118 (2012), que se negó a permitir la acción de *Bivens* contra funcionarios de prisiones privadas. Las obligaciones más recientes incluyen hacer adaptaciones para discapacitados, incluso si tampoco se implementan regularmente. Véanse 42 U.S.C. §§ 12131-12132 (2018) y *Morgan* (2017).

Por otra parte, estos derechos y obligaciones pueden verse limitados cuando los funcionarios carcelarios afirman tener necesidades de seguridad. Además, las sentencias de la Corte son variadas, ya que los contraejemplos, como la tolerancia a la pena de muerte, la cadena perpetua sin derecho a libertad condicional y el hacinamiento en las cárceles, demuestran que muchos jueces no han sido preparados para frenar ciertas formas de castigo destructivo.

Sin embargo, al juntar las piezas de la jurisprudencia acerca de las condenas, las condiciones carcelarias y la Cláusula de Multas Excesivas en un mosaico, muestro que el principio antirruina es el vínculo de muchas de las decisiones del castigo que se toman. Aunque el término *ruina*, fuera del contexto de multas excesivas, aún no forma parte del léxico de la Corte, la palabra describe algo de lo que ahora exige el derecho: que los gobiernos no deberían intentar socavar las capacidades físicas y mentales de una persona.³

Analizo por qué esta democracia constitucional, al tratar de arruinar a la gente económicamente o imponiendo formas destructivas de privación de la libertad, no tiene un propósito penológico lícito. Más que eso, los fines de la pena deben incluir el reconocimiento de la personalidad jurídica de todos los individuos manteniendo su bienestar, incluso cuando las penas que se impongan reduzcan su autonomía y afecten su dignidad. Además, la idea de que se supone que los gobiernos no deben usar sus poderes punitivos para disminuir a las personas está entrelazada, pero es distinta de cualquiera de las obligaciones para apoyar la rehabilitación que existen.⁴

Por supuesto, así como decidir cuándo las multas son excesivas o desproporcionadas es una tarea compleja y desafiante, también lo es identificar cómo

³ En este ensayo identifiqué los principios antirruina en la jurisprudencia existente y exploré su aplicación al castigo estatal de personas condenadas. La preocupación sobre la fuerza destructiva de los daños punitivos impuestos en un litigio civil se puede encontrar en la jurisprudencia federal y estatal. Por ejemplo, en *Adams vs. Murakami*, 813 P.2d 1348 (Cal. 1991), la Corte Suprema de California se basó en parte de la historia invocada en *Timbs* e insistió en que ningún propósito fue legítimamente dirigido a "destruir financieramente a un acusado". *Id.* p. 1352. Agradezco a Nicholas McLean por mostrarme esta decisión.

⁴ Los jueces federales, perturbados por la falta de actividad ("ociosidad", como algunos lo llamaron), vincularon la "ausencia de un programa afirmativo de capacitación y rehabilitación" con dañar a las personas y causar su "degeneración física, mental [y] social". Véase *Laaman vs. Helgemoe*, 437 F. Supp. 269, 316 (D.N.H. 1977).

implementar el principio antirruina al privar de la libertad o sancionar a las personas. Lo que hace Timbs, leído en el contexto del resto del derecho constitucional que pone freno a algunos poderes sancionadores soberanos, es invitar a todas las ramas del gobierno a adoptar el proyecto que lanzaron los individuos "debidamente condenados": evitar la ruina de las personas al imponerles un castigo.

2. ¿Por qué tan lento?

¿Por qué esta parte del derecho emergió apenas en las últimas décadas? Una consideración formalista apuntaría a que la razón es la fecha tardía en la que la Corte decidió que la Octava Enmienda era aplicable a los estados, donde se produce la mayoría de los enjuiciamientos penales. Ese fallo se produjo en 1962, en *Robinson vs. California* la Corte concluyó que la prohibición contra los "castigos crueles e inusuales" obligaba tanto a los estados como al gobierno federal.⁵ Sostuvo que los estados no podían castigar a un individuo basándose

⁵ *Robinson vs. California*, 370 U.S. 660, (nuevo juicio denegado), 371 U.S. 905 (1962). Después de la decisión de la Corte, pero antes de que se emitiera el mandato, California informó que Lawrence Robinson había muerto. A pesar de las objeciones de los jueces Clark, Harlan y Stewart, la Corte no evitó que su fallo surtiera efectos. Véase *Robinson*, 371 U.S. a 905 (Clark, J., disidente).

Robinson es el referente, pero la cuestión de la incorporación y el impacto de la Octava Enmienda se había abordado en varias decisiones anteriores. En 1892, los jueces Field, Harlan y Brewer defendieron en su disidencia que la Octava Enmienda y otras disposiciones de la Declaración de Derechos se aplicaban a los estados. El problema fue el enjuiciamiento de John O' Neil en Vermont, por lo que los disidentes describieron como comprar licor en Nueva York. Véase *O' Neil vs. Vermont*, 144 U.S. 323, 337, 363-64 (1892) (Field, J., disidente); *id.* pp. 368-369 (Harlan, J., disidente). Pronosticando el debate de Timbs sobre la fuente de incorporación, el argumento del juez Field se basó en lo que llamó los "derechos que pertenecen a los ciudadanos", *id.* p. 363 (Field, J., disidente), mientras que el juez Harlan escribió sobre los "derechos fundamentales" que pertenecen a "cualquier persona dentro" de la jurisdicción. *Id.* p. 370 (Harlan, J., disidente). Véase también la discusión *infra*, notas 52-56. En 1947, el juez Black ofreció una apasionada súplica por la incorporación de la Declaración de Derechos cuando disintió en *Adamson vs. California*, 332 U.S. 46 (1947), que sostuvo que, si bien la Cláusula de Debido Proceso protegía el derecho a un juicio justo, no incorporaba el derecho de los acusados de la Quinta Enmienda contra la autoincriminación. *Id.* pp. 50-51. El juez O' Connor, acompañado por el juez Stevens, argumentó en 1989 en *Browning-Ferris Industries de Vermont vs. Kelco Disposal*, 492 U.S. 257 (1989), que la Cláusula de Multas Excesivas debe incorporarse y que se aplica a los daños punitivos. *Id.* pp. 284-287 (1989) (O' Connor, J., coincidiendo en parte y discrepando en parte).

Además de los debates acerca de la incorporación, los jueces hicieron referencia a la prohibición de los castigos crueles e inusuales al analizar los reclamos de violaciones por la Cláusula de Debido Proceso o la Cláusula de Privilegios o Inmidades. Por ejemplo, decisiones sobre la forma de una ejecución concluyeron que un fallo de un tribunal estatal había proporcionado el proceso debido o que no se había violado ningún

en el estatus de adicto, Robinson abrió la puerta al debate sobre qué otras formas de criminalización y castigo estaban fuera de los límites.⁶ En 1971, la Corte dio por sentado que la protección de la Octava Enmienda contra la fianza excesiva se aplicaba a los estados.⁷ Y, en 2019, la Corte trajo el colgante de la Cláusula de Multas Excesivas al redil al decidir en *Timbs vs. Indiana*, que también se incorporó mediante la Decimocuarta Enmienda.⁸

Esa línea de tiempo, sin embargo, plantea la pregunta de por qué estos pronunciamientos constitucionales federales son de una época tan reciente.⁹

derecho de ciudadanía. Véanse *Louisiana ex rel. Francis vs. Resweber*, 329 U.S. 459, 462 (1947); *McElvaine vs. Brush*, 142 U.S. 155, 158 (1891); *In re Kemmler*, 136 U.S. 436, 445 (1890).

Algunas decisiones de los tribunales inferiores también invocaron la Decimocuarta Enmienda al considerar la legalidad de un castigo. El ejemplo bien conocido es *Johnson vs. Dye*, 175 F.2d 250 (3d Cir.) (En banc), *rev'd sub nom. Dye vs. Johnson*, 338 U.S. 864 (1949). Leon Johnson, condenado en Georgia, huyó a Pennsylvania para escapar de la brutal cadena de presidiarios de Georgia. Presentó una petición de *habeas* para evitar la extradición. Al concedérsela, el Tercer Circuito observó la "evidencia" de que los prisioneros negros eran tratados con un mayor grado de brutalidad que los prisioneros blancos, aunque es difícil hacer distinciones precisas en cuanto a los grados de brutalidad. *Id.* p. 253. El tribunal determinó que "el derecho a estar libre de castigos crueles e inusuales a manos de un Estado es tan 'básico' como 'fundamental', como el derecho a la libertad de expresión o la libertad religiosa". *Id.* p. 255. La Corte Suprema revocó en una decisión *per curiam*. *Dye vs. Johnson*, 338 U.S. 864, 864 (1940) (*per curiam*). La única explicación fue de una citación a un *ex parte Hawk*, 321 U.S. 114 (1944), que fue "el caso principal que explica el agotamiento [de la regla de remedios estatales]". Véase "Prisoners' remedies for mistreatment" (1950). Luego se debatió si un prisionero tenía que agotar los recursos donde lo detuvieron o en la jurisdicción de donde había escapado. Véase Harper y Rosenthal (1950, pp. 300-302).

Arthur Sutherland defendió que los tribunales federales debían proporcionar un lugar para hacer reclamos "en caso de que fallará la justicia en los tribunales estatales" (1950, pp. 271-278). Al analizar estos casos de "asilo", Sutherland concluyó que los estados no podían infligir constitucionalmente castigos crueles e inusuales y que las cadenas presidiarias eran ese tipo de castigo. Abogar por que los tribunales federales desempeñen un papel para producir "una confianza generalizada en que la justicia penal se administra con considerable justicia [...] tanto en los tribunales estatales como en los federales", Sutherland identificó que "[la] Decimocuarta Enmienda, prescribiendo un estándar común de civilización irreducible para toda la nación", es el "único medio práctico para lograr este fin deseable" (1950, pp. 271-279).

Además de los casos provenientes de los estados, antes de la década de 1960 la Corte había valorado las penas impuestas por las autoridades federales. Véase *infra* notas 37, 40-46 y el texto adjunto, y Reinert (2009).

⁶ El Tribunal había considerado antes demandas individuales, enmarcadas en términos de debido proceso, igual protección o la Primera Enmienda. En general, la Corte no prohibió la pena impuesta. Véanse, por ejemplo, *Howard vs. Fleming*, 191 U.S. 126 (1903); *Williams vs. Nueva York*, 337 U.S. 241 (1949); *Barenblatt vs. Estados Unidos*, 360 U.S. 109 (1959).

⁷ Véase *Schilb vs. Kuebel*, 404 U.S. 357, 365 (1971). Décadas más tarde, la Corte nuevamente asumió que la Cláusula de Fianza Excesiva se incorporaba contra los estados. Véase *McDonald vs. Ciudad de Chicago*, 561 U.S. 742, 764 y No. 12 (2010).

⁸ Véase 139 S. Ct. 682 (2019). El juez Thomas se basó en la Cláusula de Privilegios o Inmunidades como fuente de incorporación. Véase *id.* pp. 691-692 (Thomas, J., concurrente). El juez Gorsuch no tomó una posición sobre la fuente de incorporación. *Id.* p. 691 (Gorsuch, J., concurrente).

⁹ Un cuerpo de leyes estatales aborda las prohibiciones constitucionales acerca de la pena; 19 usan la locución *cruel "o" inusual*, en lugar de *cruel "e" inusual*. Frase (2008, pp. 63-72). Véase Ark. Const. Arte. II,

Otra parte del antiguo derecho inglés que desempeñó un papel importante fue la "muerte civil" de las personas condenadas por delitos. En 1871, la Corte Suprema de Apelaciones de Virginia explicó que una persona en prisión era "un esclavo del Estado", cuyo patrimonio, si tenía, era "administrado como el de un hombre muerto".¹⁰ El enfoque de Virginia no era atípico en el sentido de que muchos estados prohibían a las personas encarceladas transportar propiedades, celebrar contratos y casarse.

Los contornos variaban según la jurisdicción y la interpretación del tribunal. En 1937, los comentaristas de la revista *Harvard Law Review* escribieron una nota en la que calificaron la práctica como "medieval".¹¹ Sin embargo, décadas más tarde, uno de los primeros tratados acerca del derecho de corrección, publicado en 1963, contó 17 estatutos estatales que continuaban imponiendo la muerte civil a personas condenadas a cadena perpetua (o a la muerte).¹² Los autores abogaban por la abolición, que ocurrió en la mayoría de los estados mediante derogaciones o interpretaciones judiciales.¹³

Las anomalías continúan. En 2016, un tribunal del distrito federal consideró el estatuto de Rhode Island, que establece que las personas en prisión y que estén detenidas "de por vida deberán, con respecto a todos los derechos de propiedad, el vínculo matrimonial y todos los derechos civiles [...] ser consideradas muertas

§ 9; Lima. Const. art I, § 6; Mich Const. Arte. I, § 16. Para mayor discusión sobre las constituciones estatales, véanse también Sullivan y Frase (2009, pp. 153-160) y Reinert (2016, pp. 831-840).

¹⁰ Ruffin vs. Commonwealth, 62 Va. (21 Gratt.) 790, 796 (1871). En 1911, citando el derecho de California, la Corte Suprema de los Estados Unidos dijo que "la muerte civil de los prisioneros es perpetua." Véase Finley vs. California, 222 U.S.28, 31 (1911) (citando People vs. Finley, 94 P. 248, 249 [Cal. 1908]). El derecho francés también impuso la muerte civil de los prisioneros. Véase Simonin (2008). Mi agradecimiento a Patrick Weil por llamar la atención sobre la historia de Francia y su relación con el derecho de los extranjeros y la ciudadanía.

¹¹ Véase "Civil death statutes-medieval fiction in a modern world" (1937).

¹² Véase Rubin, Weihofen, Edwards y Rosenzweig (1963, pp. 617-618). Tal como la portada del libro dispone, ese proyecto fue avalado por el National Council on Crime and Delinquency.

¹³ *Id.* pp. 620-622. El movimiento del siglo XX para poner fin a los impedimentos civiles posteriores a la liberación estuvo relacionado en parte con el regreso a la libertad condicional y la promoción de la rehabilitación. En 1956, la Conferencia Nacional sobre Libertad Condicional pidió la abolición de las normas que limitan los derechos civiles y políticos, y en la década de 1980, la mayoría de los estados los habían derogado. Véase Colgate (2003, pp. 1705, 1708, 1715).

en todos los aspectos".¹⁴ Al valorar el estatuto estatal de acuerdo con el test de racionalidad, un juez federal lo dejó en firme. Además, según las leyes federal y estatal, lo que ahora se llama *consecuencias colaterales* —como la pérdida de acceso a los beneficios federales o estatales y los derechos de voto—, normalmente surge de las condenas.¹⁵

Los prisioneros tenían un derecho civil federal protegido. Los tribunales comprenden la garantía constitucional de que el *habeas corpus* no será suspendido como una en la que los funcionarios penitenciarios no pueden "restringir o menoscabar" los derechos de las personas a solicitar a los tribunales federales que impugnen su detención.¹⁶ En la práctica, sin embargo, el sistema penitenciario impuso una miríada de impedimentos para presentar dichos recursos. Y, como lo detallo a continuación, hasta la década de 1960, los tribunales por regla general no consideraron los recursos que tuvieran que ver con la inconstitucionalidad de la pena de muerte o con la violencia y decadencia de las cárceles.

Incluso las grandes enmiendas posteriores a la Guerra Civil parecieron privar a los prisioneros de gran parte de lo que se les prometió. La Decimotercera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, ratificada en 1865, abolió la esclavitud y el "trabajo forzado, excepto como castigo por un delito por el cual la parte hubiera sido condenada debidamente". Los estados se basaron en esa exención para contratar presos, así como para exigirles que trabajaran para sufragar los costos de administrar las cárceles.¹⁷ A los presos no les fue mucho mejor bajo la Decimocuarta Enmienda, que fue ratificada en 1868 y buscaba

¹⁴ *Ferreira vs. Wall*, No. 15-219-ML, 2016 WL 8235110, en *1 n.3 (D.R.I.26 de octubre de 2016). Como se discute *infra* en la nota 209, la Corte Suprema ha sostenido que una reglamentación penitenciaria (en lugar de un estatuto estatal) que prohibió el matrimonio era inconstitucional. Véase *Turner vs. Safley*, 482 U.S. 78, 87 (1987).

¹⁵ Véase (Mauer y Chesney-Lind, 2002).

¹⁶ Véase *ex parte Hull*, 312 U.S. 546, 549 (1941). La Corte declaró una regulación de Michigan que exigía una investigación en prisión "inválida". Para mayor discusión sobre el derecho de un prisionero al *habeas corpus*, véase también *Cochran vs. Kansas*, 316 U.S. 255 (1942).

¹⁷ Véanse M. McLennan (2008, p. 9) y Pope (2019, p. 1465). Pope leyó a los defensores republicanos de la Decimotercera Enmienda como si la vieran para prohibir el trabajo forzado, excepto si se imponía como castigo. *Id.* p. 1469; en su perspectiva, el arrendamiento de convictos no sería permisible a menos de que el Estado ordenará trabajar al servicio de sus fines de retribución o rehabilitación. *Id.* pp. 1538-1539.

proteger a los individuos de las privaciones estatales de protección igual y debido proceso. La sección 2, que garantizaba el derecho de los "habitantes varones" a votar en las elecciones federales, excluyó a las personas que habían participado "en rebelión u otro delito".¹⁸

Abrumadoramente pobres y mayoritariamente de color, los presos no sólo estaban legalmente excluidos, ellos también carecían de recursos para presentar reclamos. Hasta 1963, Estados Unidos no exigía el nombramiento de un abogado para aquellos acusados criminales que enfrentaran cargos de delitos estatales.¹⁹ El derecho constitucional federal actual no obliga a los abogados más allá de la primera apelación de las condenas,²⁰ dejando a la mayoría de los presos sin representación por peticiones de *habeas corpus* u otros reclamos legales.

Otro factor que ralentiza la jurisprudencia acerca de los límites constitucionales de la pena es el desafío que conlleva. Los parámetros de la pena han preocupado a los filósofos y científicos sociales durante siglos.²¹ Decidir qué dicta el derecho, en contraste con lo que la política recomienda, requiere un estándar para separar los castigos lícitos de los ilícitos. Además, el volumen potencial de casos es desalentador, dado que más de 1.5 millones de personas están encarceladas,²²

¹⁸ XIV Enmienda, § 2 de la Constitución de los Estados Unidos. La Corte no ha sido persuadida de que la exclusión de la Decimocuarta Enmienda se limitaba a delitos similares a la traición. Según el derecho actual, la privación de derechos de los condenados, incluso después de la liberación, es inconstitucional sólo si las personas pueden establecer que la privación de derechos se basó en cuestiones raciales. Esa prueba se cumplió en 1985, cuando la Corte concluyó que una enmienda de 1901 a la Constitución de Alabama para eliminar los derechos de voto basados en la "bajeza moral" estaba destinada a privar de derechos a los negros. Véase *Hunter vs. Underwood*, 471 U.S. 222, 224-25 (1985).

¹⁹ Véase *Gideon vs. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963). Posteriormente, la Corte sostuvo el derecho a un abogado adjunto si el encarcelamiento iba a ser el resultado de una condena, así fuera por un delito grave o un delito menor. Véase *Argersinger vs. Hamlin*, 407 U.S.25, 30-31 (1972). Como el juez Rehnquist escribió después, el referente fue la "prisión efectiva", y no la posibilidad. Véase *Scott vs. Illinois*, 440 EE. UU. 367, 373 (1979). Una sentencia suspendida que podría resultar en "la privación real de la libertad de una persona" también requiere que se designe un abogado para indigentes. Véase *Alabama vs. Shelton*, 535 U.S. 654, 658 (2002). Cuando los estados otorgan derechos de apelación, también se requiere un abogado financiado por el Estado. Véase *Halbert vs. Michigan*, 545 U.S.605, 610 (2005).

²⁰ Véase *Murray vs. Giarratano*, 492 U.S. 1 (1989); *Ross vs. Moffitt*, 417 U.S. 600 (1974).

²¹ La literatura es vasta y las teorías y análisis discutidos. Para una muestra de las discusiones, sus superposiciones, tensiones, lagunas y popularidad variable, véanse *Duff y Garland* (1994), *Dahan* (2018) y *Tonry* (2019).

²² Véase *Bronson y Carson* (2019). Otra estimación es que 1.6 millones de personas están detenidas en prisiones estatales y federales. Véase *Sawyer y Wagner* (2019).

otros 4.5 millones están bajo supervisión,²³ y aproximadamente tres cuartos de un millón de personas entran a prisión en un día cualquiera.²⁴ La apertura de los tribunales a los reclamos constitucionales compromete a los jueces a dedicar recursos considerables para determinar si desconocen otras ramas del gobierno a instancia de las personas condenadas por delitos. Sin embargo, la decisión de Timbs de 2019 reafirmó el deber de los tribunales de considerar los reclamos presentados por los "debidamente condenados" de que los gobiernos han violado los límites constitucionales de la pena.

3. Teorías acerca de la legitimidad de la pena y argumentos para los tribunales sobre sanciones excesivas

Antes de que el derecho constitucional se convirtiera en una fuente importante de regulación, la legitimidad de la pena había sido de interés para los teóricos políticos, morales, económicos, religiosos y sociales. Una vez que los jueces comenzaron a desarrollar parámetros constitucionales del castigo estatal mediante la incorporación de la Declaración de Derechos, también incorporaron ideas que distinguían los castigos legítimos de los ilegítimos.

Muchos identifican la publicación *De los delitos y las penas* de Cesare Beccaria, de 1764, con el comienzo de los argumentos en torno a que algunas penas eran inadmisiblemente excesivas. En su campaña contra la pena de muerte, Beccaria ofreció la formulación de que una pena es suficiente cuando "su severidad simplemente excede el beneficio que el delincuente recibe del crimen [...] Cualquier castigo adicional es superfluo y, por tanto, una tiranía" (Beccaria, 2009, p. 69).²⁵ En 1775, con *La teoría de las penas y las recompensas* de Jeremy Bentham se amplió el análisis utilitario de Beccaria.²⁶ Otros cientos han seguido estos argumentos para explicar las funciones, utilidades y moralidades de la pena.

²³ Véase Kaeble (2018).

²⁴ Véase Zeng (2019).

²⁵ Del original: "its severity just exceeds the benefit the offender receives from the crime [...] Any additional punishment is superfluous and therefore a tyranny".

²⁶ El manuscrito fue escrito en la década de 1770, traducido al francés por Pierre Étienne Louis Dumont y luego al inglés por Richard Smith. Una edición con el objetivo de acercarse más al original de Bentham es la del editor James McHugh, véase Bentham (2009, pp. 15-32).

Seguimos los pasos de Beccaria y Bentham cuando insistimos en que los gobiernos expliquen la elección de las penas que hacen con relación a las metas y propósitos legítimos. A pesar de que se han mantenido profundas divisiones acerca de cómo sopesar, poner en práctica y conciliar las tensiones, una lista estándar de los fines de la pena se solidificó durante los siglos XIX y XX. La pena ganada "debidamente": para disuadir el delito, inhabilitar a las personas para prevenir la comisión de nuevos delitos, reformar o rehabilitar a las personas condenadas, expresar desaprobación social y, bajo la rúbrica de retribución, imponer formas de merecida privación, dolor o sufrimiento.²⁷

Pero ¿quién decide si ese conjunto es completo, sobreinclusivo o infrainclusivo, y cómo lograr alguno de esos objetivos, algunos de los cuales entran en conflicto entre sí? Una respuesta ha sido "los expertos". Durante los últimos 150 años, a medida que los gobiernos ampliaron sus esfuerzos por controlar el comportamiento y su dependencia de las instituciones carcelarias, buscaron orientación en profesionales. Criminólogos, penólogos y funcionarios penitenciarios recientemente acuñados presentaron teorías de cómo "curar" a los delincuentes, reformar a los individuos rebeldes y constreñir a los "depredadores" no redimibles.²⁸

Las infraestructuras institucionales y el colonialismo esparcieron estos puntos de vista por el mundo. Entre 1870 y 1920, los reformadores generaron la nueva profesión del sistema penitenciario y convinieron conferencias nacionales e internacionales en las que científicos sociales, líderes religiosos, filántropos, y directores penitenciarios debatieron las directrices para condenar, otorgar periodos de prueba, libertades condicionales y de las prisiones.²⁹ Algunos abogaron por

²⁷ Los debates incluyen si los propósitos expresivos de la pena son distintos de la retribución y cómo el dolor y el sufrimiento se relacionan con la pena. En las conferencias Tanner de 2018, Didier Fassin invocó la historia de la palabra *punish*, que remontó al latín *punier*, traducido como *castigar* o *vengar*. Las fuentes latinas y griegas se centraron en el pago de una "deuda [...] para expiar un crimen". Fassin argumentó que la adición de dolor al concepto de reparación proviene del compromiso de la teología cristiana de sufrir por la comisión de pecados. Como resumió el argumento: "El castigo solía implicar una deuda que pagar; se ha convertido en un sufrimiento que infligir" (Fassin, 2018, pp. 46-47).

²⁸ Los resultados en la Inglaterra del siglo XX se han denominado un "programa de bienestar penal". Véanse Garland (2001, p. 36) y Bailey (2019, pp. 19-21 y 153-161).

²⁹ La literatura es vasta. Véase, por ejemplo, Rothman y Morris (1998). Un relato que refleja las actitudes de principios del siglo XX proviene de Ives (1914).

la clasificación de los prisioneros, el tratamiento individualizado, las sentencias indeterminadas que podrían resultar en reforma mediante una mezcla de trabajo y religión, la separación de jóvenes y adultos y de mujeres y hombres, y las sanciones alternativas a los periodos de prueba y la libertad condicional.³⁰

Para maximizar su impacto, activistas en los Estados Unidos fundaron en 1870 la American Prison Association (Asociación Americana de Prisiones) y presionaron para que se creara la International Penal and Penitentiary Commission (IPPC [Comisión Internacional Penal y Penitenciaria]) en 1872. En las décadas siguientes, líderes penitenciarios redactaron y convencieron a la Liga de las Naciones de adoptar en 1934 las primeras Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, que se convirtieron en el modelo de los esfuerzos actuales de las Naciones Unidas para proteger a los presos.³¹

Sin embargo, antes de la década de 1960 las personas que fueron sometidas a penas (junto con abogados y jueces) se mantuvieron en su mayoría al margen. En Estados Unidos, el recurso de *habeas corpus* tenía una aplicación limitada y los presos carecían del reconocimiento como titulares de derechos. Por tanto, la Corte Suprema abordó la cuestión de la pena sólo cuando unos pocos acusados estatales intentaron (generalmente sin éxito) obtener alivio, con base en la Octava Enmienda, el *non bis in idem*, el *ex post facto*, crímenes infames, el debido proceso y las Cláusulas de Igual de Protección.

Una búsqueda del compromiso de la Corte con el castigo antes de 1960 identificó miles de menciones de la palabra "castigo", y un número mucho menor de casos en los que la Corte abordó argumentos sobre penas particulares y un número mucho menor de los casos en que abordó argumentos de que ciertas penas en particular eran ilegales.³² En varios fallos, los jueces rechazaron

³⁰ Véanse, por ejemplo, Van Der (1927), Pears (1872), Rotman (1998). Más adelante, en el siglo XX, las legislaturas adoptaron pautas para organizar las decisiones de condena para reflejar varios de estos propósitos. Los argumentos para hacerlo están en O'Donnell, Churgin y Curtis (1974). La crítica al resultado se puede encontrar en Stith y Cabranes (1998). El impacto en los individuos se explora en Gertner (en imprenta).

³¹ Véanse Bates (1948) y Resnik (en imprenta).

³² *Penas excesivas* como el término de búsqueda localizó 13 casos de la Corte Suprema. Véase el memorando de Tor Tarantola a la profesora Judith Resnik (29 de julio de 2018) (en el archivo del autor). Una

esas demandas mediante afirmaciones superficiales de que las penas (como la forma de ejecución,³³ o las penas más severas impuestas por crímenes cometidos en prisión³⁴ y por sexo interracial³⁵) estaban dentro de la autoridad del gobierno.

En algunas decisiones, los jueces abordaron los fundamentos. Estos casos, bosquejados a continuación, discutieron los fines de la pena; la razón de una sanción particular; la intención de la persona que impone la sanción; la proporcionalidad de la condena al delito; el daño al individuo sometido a la pena, y la justicia de la pena.

Uno de los primeros casos que vinculó el término *excesivo* con la pena fue *Wilkes vs. Dinsman*, decidido antes de la Guerra Civil. Un marine, Samuel Dinsman, argumentó que el oficial naval Charles Wilkes se había negado injustamente a dejarlo salir cuando terminó su servicio. En vez de eso, Wilkes colocó a Dinsman en un lugar "infestado de alimañas", lo confinó con "grilletes dobles" y lo azotó para obligarlo a continuar trabajando,³⁶ Dinsman ganó el veredicto del jurado por allanamiento ilegal y privación injusta de la libertad. Sin embargo, en 1849, la Corte Suprema revocó la sentencia. Al argumentar que el "marinero o marino más humilde debe ser protegido bajo los auspicios de la ley de cualquier error real",³⁷ el juez Woodbury concluyó que el oficial tenía motivos para exigir el servicio continuo.³⁸

búsqueda de *pena* en general arrojó más de 1,600 referencias, un pequeño subconjunto de las cuales incluyó discusiones sobre penas constitucionales. Véase el memorando de Jonathan González a la profesora Judith Resnik (11 de noviembre de 2019) (en el archivo del autor).

³³ Véanse, por ejemplo, *Wilkerson vs. Utah*, 99 U.S. 130 (1879); *In re. Kemmler*, 136 U.S. 436 (1890); *McElvaine vs. Brush*, 142 U.S. 155 (1891).

³⁴ Véanse *Finley vs. California*, 222 U.S. 28 (1911); *Pennsylvania ex rel. Sullivan vs. Ashe*, 302 U.S. 51 (1937).

³⁵ Véase *Pace vs. Alabama*, 106 U.S. 583 (1883). El juez Field determinó para la Corte que el estatuto que impone una pena solo cuando "los dos sexos son de razas diferentes" no era discriminación en virtud de la Ley de Derechos Civiles de 1866 (en la cual el Congreso dispuso que todas las personas debían estar sujetas a "castigos similares") o a la Decimocuarta Enmienda. *Id.* p. 585. Más bien, la pena se aplicaba a la "persona infractora, ya sea blanca o negra." *Id.*

³⁶ Corte Suprema de Estados Unidos, *Wilkes vs. Dinsman*, 48 U.S. 7 How. 89, 97 (1849).

³⁷ *Id.* p. 123.

³⁸ *Id.* pp. 125-127.

Una pregunta distinta era "si el castigo se infligió dentro de los parámetros de la ley".³⁹ Describiéndose a sí mismo como carente del poder para "decidir sobre la conveniencia o la humanidad de la ley",⁴⁰ la Corte valoró si el castigo se ajustaba a las concesiones de autoridad dadas por el Congreso. La Corte concluyó que los azotes y el encadenamiento quedaban a la discreción del oficial, a menos de que un individuo pudiera establecer que el castigo era "de severidad excesiva, derivada de mala voluntad, disposición depravada o sentimiento vengativo".⁴¹ Por tanto, esta incursión del *common law* en los parámetros del castigo legal concluyó que éstos no deben ser excesivamente severos ni animados por un "error malicioso y deliberado".⁴²

Unos 40 años después, la Corte escribió acerca de los daños del profundo aislamiento experimentado por James Medley, quien había sido condenado a muerte. Después de que fue sentenciado, Colorado promulgó un estatuto que requería que, antes de la ejecución, el individuo tuviera que permanecer en aislamiento solitario.⁴³ *In re. Medley*, decidido en 1890, declaró la liberación de Medley porque el estatuto revisado no había estado vigente cuando se cometió el delito; en consecuencia, su castigo violó la cláusula *ex post facto*.⁴⁴

En el caso de Medley, la nueva ciencia social de la penología tomó el centro del escenario. La Corte se basó en gran medida en un "artículo exhaustivo" de

³⁹ *Id.* p. 127.

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ *Id.* p. 130. La Corte concluyó que el tribunal de primera instancia malinterpretó la obligación de servir en la Marina y que su incapacidad en otorgar suficiente deferencia al oficial que se suponía que había actuado legalmente requería un nuevo juicio. La Marina impuso la flagelación como castigo hasta 1849, cuando el Congreso prohibió su uso después de haber recibido cientos de peticiones que condenaban la práctica. Véase el Memorándum de Annie Wang y Megha Ram a la profesora Judith Reski (22 de abril de 2018) (en el archivo del autor); Peticiones para poner fin a la flagelación en la Marina sometidas a la Comité de Asuntos Navales de la Cámara para el Congreso 31 (feb. 13-18, 1850) (en Archivos Nacionales, RG 233, Sen31A-H12), disponible en "<https://yale.app.box.com/s/fwz4pgjfq6m5zw2ujtf4h5mbxbgzrs2y>" [<https://perma.cc/G3S7-8RVJ>]."

⁴² Véase *Wilkes vs. Dinsman*, 48 U.S. 7 How. 130,131 (1849). La Corte también invocó el término *excesivo* en *Pervear vs. Massachusetts*, 72 Estados Unidos (5 Wall.) 475 (1866), sosteniendo que la Octava Enmienda "no se aplica a la legislación del Estado", pero si lo hiciera, una sentencia de 50 dólares de multa y tres meses de trabajos forzados no fue "excesiva o cruel o inusual" por violar las leyes de licor. *Id.* p. 480.

⁴³ *In re. Medley*, 134 U.S. 160 (1890).

⁴⁴ *Id.* p. 174. La Corte reiteró esa decisión en 1890 cuando otra persona también había sido puesta en aislamiento solitario bajo un estatuto promulgado después de ser condenado por homicidio. Véase, *In re., Savage* 134 U.S. 176 (1890).

la Enciclopedia Americana⁴⁵ que describía la opresión de las cárceles en todo el mundo y que el aislamiento solitario ponía a algunos prisioneros en una condición "semitonta" y hacía que otros quedaran "dementes".⁴⁶ En los círculos contemporáneos, Medley es famoso por reconocer los daños distintivos que impone el aislamiento solitario; sin embargo, como cuestión de su alcance legal, la Corte dejó claro poco después que Medley no hizo que la Cláusula de Castigos Crueles e Inusuales fuera aplicable a los estados y que las condiciones penitenciarias no estaban en el dominio del Tribunal.⁴⁷

Dos años después, los jueces Field, Harlan y Brewer discutieron los límites de la pena cuando argumentaron que la Octava Enmienda se aplicaba a los estados.⁴⁸ Disintiendo en *O'Neil vs. Vermont*, habrían sostenido que el enjuiciamiento de John O'Neil por infringir las leyes de Vermont al comprar licor en Nueva York

⁴⁵ *Id.* pp. 167-168. La Corte, utilizando la locución estadounidense *enciclopedia* y citando el volumen XIII, discutió "Prison and prison discipline", que se puede encontrar en Ripley y Charles (1883, pp. 6-16). Ese artículo citaba a Beccaria, Bentham y otros, y el trabajo de organizaciones internacionales, como la IPPC, ya que describía "la ciencia penitenciaria, o el sistema de detención, castigo y reforma de criminales, es de origen moderno" *Id.* pp. 6-7.

⁴⁶ *In re. Medley* 134 U.S. p. 168.

⁴⁷ *In re. Kemmler* 136 U.S. 436, 447-49 (1890). Fuller, presidente de la Corte Suprema, sostuvo que la Decimocuarta Enmienda no "cambió radicalmente toda la teoría de las relaciones del estado y los gobiernos federales entre sí, y de ambos gobiernos con el pueblo". *Id.* p. 448. Por tanto, Nueva York tuvo la última palabra sobre su método de ejecución. La Corte reiteró al año siguiente, en *McElvaine vs. Brush*, 142 US 155 (1891), que la discusión de Medley sobre el aislamiento solitario "ilustraba" la violación de la Cláusula Ex Post Facto, pero no alteraba la posición de la Corte de que si las legislaturas estatales concluían que el castigo era apropiado, los derechos del peticionario no se habían reducido. *Id.* pp. 158-159. En 2019, un tribunal federal revisó el requisito de la legislatura de Connecticut de que los prisioneros que habían sido condenados a muerte, pero no podían ser ejecutados porque la Corte Suprema de Connecticut había decidido que la inconstitucionalidad de la pena capital era retroactiva, debían ser colocados en profundo aislamiento; el tribunal concluyó que hacerlo violaba la Octava Enmienda y que también era un proyecto de ley inconstitucional. Véase *Reynolds vs. Arnone*, No. 3: 13-cv-1465 (SRU), 2019 WL 4039015 (D. Conn. 27 de agosto de 2019), apelación presentada, No. 19-2858 (2d. Cir. 2019).

⁴⁸ Corte Suprema de Estados Unidos, *O'Neil vs. Vermont*, 144 U.S. 323 (1892). Con la mayoría del juez Blatchford se determinó que la decisión de la Corte Suprema de Vermont fue apoyada por "una base lo suficientemente amplia" para sostener el fallo sin llegar a que fuera una cuestión federal (o lo que hoy llamamos un fundamento estatal independiente y adecuado que respalde el fallo). *Id.* pp. 336-337. En contraste, el juez Field argumentó que una "transacción legal en el estado de Nueva York" no debería resultar en una condena de Vermont. *Id.* p. 337 (Field, J., disidencia). La jurisdicción federal, basada en el comercio interestatal, existía, y los tribunales de Vermont habían fallado, como una cuestión de debido proceso, en informar a un acusado de los detalles del delito. *Id.* pp. 365-366. El juez Harlan (junto con el juez Brewer) estuvo de acuerdo, y ambos disidentes argumentaron que la adopción de la Decimocuarta Enmienda significaba que se aplicaba la Declaración de Derechos. Carné de identidad. p. 363 (Field, J., disidente); *Id.* p. 370 (Harlan, J., disidente). Véase también la discusión *supra* nota 7.

violaba la Cláusula de Comercio. Los disidentes habrían invalidado la sentencia que implicaba una multa de 6,140 dólares, 497.96 en costos y 54 años de prisión por las 307 veces que O'Neil compró licor a través de las fronteras estatales.⁴⁹ El juez Field señaló que cualquier persona "de buen corazón y sentimientos" debería "estremecerse",⁵⁰ ya que él hizo la analogía del tiempo de prisión con 307 azotes por cada delito y argumentó que la sanción de Vermont fue "muy desproporcionada con respecto a los delitos imputados".⁵¹ El juez Harlan calificó los "19.914 días" como crueles e inusuales, dado el "carácter de los delitos cometidos".⁵²

Aproximadamente 20 años después, una dura sentencia impuesta en Filipinas llevó a la Corte a intervenir. La decisión de 1910, en *Weems vs. Estados Unidos*, explicaba que "un precepto de justicia [es] que el castigo por el crimen debe ser graduado y proporcional [al] delito".⁵³ Paul Weems había sido condenado por falsificar un "documento público"; fue sentenciado a 12 años de "trabajo duro y doloroso", con una "cadena en el tobillo, colgando de la muñeca" y una pérdida permanente de todos los derechos civiles.⁵⁴ La Corte describió el castigo como excesivo e "inusual en su carácter",⁵⁵ y discutió la necesidad de reformular los castigos, ya que "la sentencia pública se ilumina con una justicia humana".⁵⁶

Unos 50 años después, una decisión mayoritaria de 1958 del presidente de la Corte Suprema, Earl Warren, adoptó ese enfoque dinámico. En *Trop vs. Dulles*, escribió que la Octava Enmienda "debe extraer su significado de la evolución de los estándares de decencia que marcan el progreso de una sociedad madura".⁵⁷

⁴⁹ *O'Neil vs. Vermont*, 144 U.S. 323, 338 (1892) (Field, J., disidencia). *id.* pp. 370-371 (Harlan, J., disidencia).

⁵⁰ *Id.* p. 340 (Field, J., disidencia).

⁵¹ *Id.*

⁵² *Id.* p. 371 (Harlan, J., disidencia).

⁵³ 217 U.S. 349, 367 (1910).

⁵⁴ *Id.* p. 381.

⁵⁵ *Id.* p. 377.

⁵⁶ *Id.* p. 378. Un tratado de 1963 denominó la decisión como un "rechazo autoritativo de la interpretación estática de la Octava Enmienda", en tanto discutía cómo "desarrollar el humanitarismo" haría a otros castigos "vulnerables". Véase Rubin, Weihofen, Edwards y Rosenzweig (1963, pp. 369, 370-371).

⁵⁷ 356 U.S. 86, 101 (1958). Agradezco al honorable Jon O. Newman, quien trabajó para el presidente de la Corte Suprema Warren durante ese periodo, por llamar mi atención sobre la nota estudiantil de Stephen

La Corte declaró inconstitucional un estatuto federal que imponía la desnacionalización a un "estadounidense nacido en el país", Albert Trop, que había salido de una zona cercada en Casablanca durante la Segunda Guerra Mundial.⁵⁸ Razonando que el "concepto básico" de la Octava Enmienda era "nada menos que la dignidad del hombre",⁵⁹ la desnacionalización para la deserción era inadmisibles porque destruía el "estatus de un individuo en la sociedad organizada[...] [E]l expatriado había perdido el derecho a tener derechos".⁶⁰ Para tomar prestado un término de Timbs, los gobiernos no podían arruinar a una persona al denunciarle su ciudadanía y dejarla apátrida.

Mi sinopsis refleja que la escasa jurisprudencia federal anterior a la década de 1960 se basaba en la comprensión de los jueces de los daños que ocasionaban los castigos, un poco de ciencias sociales, y un sentido de modernidad que podría hacer ilegales las prácticas que alguna vez fueron aceptables. Pero, sobre todo, los tribunales federales abordaron la pena para decir que no tenían nada que ver con ella porque las personas condenadas no tenían autoridad para impugnar esa aplicación del poder estatal.

La carencia de derechos es contraintuitiva para muchos de los lectores de hoy, acostumbrados a un orden social comprometido con los derechos. Una forma de ver cuán desprotegidos estaban los prisioneros se evidencia al revisar los hechos de un caso representativo de cientos de ellos. A finales de la década de 1940, Harry Siegel, Robert Harp y Maurice Meyer, reclusos en una penitenciaría estatal de Illinois, presentaron una demanda que detallaba la violencia y la corrupción rampantes de la prisión.⁶¹ Con la ayuda de un abogado, los tres hombres dijeron a los jueces federales que, en represalia por tratar de acceder a la Corte, los guardias los golpearon y los pusieron en aislamiento solitario, donde durante meses se vieron obligados a soportar la suciedad, oscuridad

Pollak, escrita en parte por sugerencia del profesor Myles McDougall, quien exploró la aplicación de la Octava Enmienda a la desnacionalización. Véase (1955, p. 1164).

⁵⁸ Trop vs. Dulles, 356 U.S. pp. 87-88, 101.

⁵⁹ *Id.* p. 100.

⁶⁰ *Id.* pp. 101-102. Warren no citó a Hannah Arendt para esa proposición, aunque su libro, *The origins of totalitarianism*, publicado en 1951, proporcionó esa formulación.

⁶¹ Siegel vs. Ragen, 88 F. Supp. 996 (N.D. Ill. 1949), afirmado, 180 F.2d 785 (7th Cir. 1950).

y tuvieron que dormir "en el piso frío, húmedo y de concreto".⁶² Los jueces federales de juicio y de apelación respondieron etiquetando las alegaciones como de "disciplina interna", para dejarlos a la ilimitada discreción de los funcionarios estatales de las prisiones.⁶³ Ese enfoque estaba tan arraigado que tenía un nombre: doctrina de no intervención.⁶⁴

En resumen, durante siglos, las decisiones sobre las condenas y las penas en prisión les pertenecían a los legisladores, tribunales y funcionarios penitenciarios estatales, pues ellos dirigían el aparato primario de derecho penal a lo largo del país. Los estados pusieron en prisión rutinariamente a personas demasiado pobres para pagar multas; sentenciaron a miles a cadena perpetua sin derecho a libertad condicional, a pena de muerte o a trabajos forzados; personas privadas de libertad regularmente eran vedadas de seguridad, saneamiento, ejercicio y atención médica, se les impedía acudir a los tribunales, a la correspondencia con su familia y a practicar su religión, y a veces eran azotadas, golpeadas o las dejaban morir de hambre. Las personas sometidas a castigos no tenían otra salida que usar las protestas físicas y la elocuencia para presionar al poder de castigo soberano.⁶⁵

4. Los derechos civiles de la pena, la relación de las multas con el tiempo en prisión y los silos de la doctrina constitucional

La raza y la pobreza finalmente llevaron a los jueces federales a una supervisión sostenida de los castigos estatales. La revolución de los derechos civiles de la

⁶² Denuncia en 11, Siegel vs. Ragen, 88 F. Supp. 996 (N.D. Ill. 1949) (No. 49 C 47).

⁶³ Siegel, 180 F.2d en 788. El tribunal de distrito también se refiere a la "administración y disciplina internas". Siegel, 88 F. Supp en 999.

⁶⁴ Véanse Feeley y Rubin (1998, pp. 30-34) y Schlanger (1999).

⁶⁵ El litigio es una forma de protesta; como se discutió, antes de la década de 1960, un pequeño número de prisioneros dio lugar a que la Corte Suprema de Estados Unidos abordara la legalidad de los castigos, pero sus reclamos fueron en su mayoría rechazados. Como acción política, los prisioneros buscaron alivio de sus horribles condiciones por medio de revueltas y huelgas de hambre. Por ejemplo, una serie de lo que se denominó motines a principios de la década de 1950 atrajo la atención pública y administrativa; algunos expertos identificaron las causas, incluyendo en ellas una gestión ineficaz, la falta de canales para registrar quejas y los desafíos de tratar con prisioneros difíciles. Véase McCormick (1954, pp. 17, 19, 23). Los relatos literarios de los sufrimientos del encarcelamiento también han sido rutas para el compromiso público y, en la década de 1970, para la movilización política de los prisioneros y segmentos del público, véase, por ejemplo, Jackson (1970). En general, Berger (2014).

década de 1960 llevó a la Corte a repensar su relación con la población estadounidense detenida y encarcelada. La discriminación racial en la pena de muerte fue el impulso para una secuencia de decisiones.⁶⁶ Los desafíos a la segregación racial en las cárceles y los ataques contra musulmanes negros encarcelados y otras minorías religiosas fueron parte de una primera ola de reclamos de prisioneros que tuvo éxito.⁶⁷ Ya sea que fueran negros o blancos u otros, las personas que eran sometidas a castigos estatales eran demasiado pobres. Por tanto, la indigencia fue otro factor que impulsó a algunos jueces a insistir en que el derecho tenía que equipar a las personas con los medios para defenderse de los enjuiciamientos estatales y que tenía que evitar que las personas cumplieran prisión extra sólo por ser demasiado pobres para pagar multas.

El cambio comenzó cuando se abrieron las puertas de los tribunales federales para desafiar las condiciones penitenciarias, para que mediante acciones como el *habeas* y litigios afirmativos (a veces por medio de acciones de clase) los accionantes pudieran impugnar sus condenas y sentencias. Los prisioneros obtuvieron recursos para asistencia jurídica y autoridad jurisdiccional mediante una serie de decisiones y acciones legislativas. En 1963, en *Gideon vs. Wainwright*, la Corte reconoció el derecho a tener un abogado a los acusados de delitos graves,⁶⁸ y en *Fay vs. Noia* amplió el alcance de la revisión del *habeas*.⁶⁹ En 1964 en *Cooper vs. Pate*, la Corte aplicó la sección 1983 de reclamos por derechos civiles a los oficiales de prisiones estatales.⁷⁰

⁶⁶ Véase Steiker y Steiker (2016). Se pueden encontrar antecedentes en casos como *Powell vs. Alabama*, 287 U.S. 45 (1932), en éste, la Corte respondió al juicio racista de los *Scottsboro Boys* (chicos de *Scottsboro*) al sostener que el Estado no había garantizado el debido proceso al no proporcionar asesoramiento a los acusados sin recursos en un caso capital. *Id.* p. 73.

⁶⁷ Véase, por ejemplo, *Cooper vs. Pate*, 378 U.S. 546 (1964); *Sostre vs. Rockefeller*, 312 F. Supp. 863, 869 (S.D.N.Y. 1970); afirmado en parte, revocado en parte sub nom. *Sostre vs. McGinnis*, 442 F.2d 178 (2d. Cir. 1971).

⁶⁸ Esa obligación se ha implementado de manera desigual e insuficiente. Véase *Bright y Sanneh* (2013).
⁶⁹ 372 U.S. 391 (1963). En 1991, la Corte abandonó *Fay*. Véase *Coleman vs. Thompson*, 501 U.S. 722 (1991).

⁷⁰ 378 U.S. 546 (1964). La opinión *per curiam* de la Corte se basó en la decisión de *Monroe vs. Pape's* de 1961 de que los funcionarios estatales podrían ser responsables bajo 42 U.S.C. § 1983, así un estatuto estatal hubiese creado o no las supuestas privaciones constitucionales y sin agotar los remedios de las cortes estatales.

Los defensores públicos (que obtuvieron nuevos fondos gracias a Gideon) se unieron a los abogados del Legal Defense and Education Fund (LDF [Fondo para Educación y Defensa Jurídica]), la ACLU y las escuelas de derecho, todos los cuales recibieron subvenciones de fundaciones para apoyar trabajos sobre derechos civiles. La acción política en las cárceles, incluido el motín de Attica, puso las condiciones carcelarias en las portadas de los periódicos y reunió el apoyo de algunos sectores para la reforma.⁷¹ Después de 1976, se dispuso de más recursos porque el Congreso ordenó que los abogados de los demandantes exitosos pudieran recuperar los honorarios de los demandados en casos de derechos civiles.⁷²

Sin embargo, proporcionar una explicación al derecho constitucional de la pena, centrada en el abogado y el juez, es perder de vista que el derecho comenzó con las personas sometidas a estos castigos. El crédito lo tienen los prisioneros "debidamente condenados" que se veían a sí mismos como personas con derechos cuando el derecho les decía que no los tenían. Los prisioneros fueron pioneros en teorizar la relación del derecho con la pena. Apoyados en los abogados de los movimientos sociales, los prisioneros lograron generar nuevos preceptos legales que impidieron que los gobiernos impusieran cualquier condena y forma de confinamiento que eligieran.

Para reunir los resultados se requiere relacionar el derecho de la pena con el de los reclusos, porque la toma de decisiones sobre la pena no se detiene una vez el juez o el jurado impone la sanción. Para las personas en libertad condicional, una serie de condiciones pueden requerir la reorganización de la familia, la vivienda y el trabajo.⁷³ Si una persona está encarcelada, los funcionarios penitenciarios pueden imponerle una variedad de castigos adicionales —azotes, como lo hizo la Marina en la década de 1840 y las prisiones de Arkansas en la década de 1960, o prácticas contemporáneas como el cacheo desnudo,

⁷¹ Véase Attica: Informe Oficial de la Comisión del Estado de Nueva York sobre Attica (1972). Arthur Liman fue el reportero de la comisión, también conocida como Comisión McKay, ya que fue presidida por Robert McKay.

⁷² Ley de concesión de honorarios de abogados de derechos civiles de 1976, 42 U.S.C. § 1988 (2018).

⁷³ Véanse Doherty (2016, p. 291; 2013, p. 958).

aislamiento solitario, envió a instalaciones de máxima seguridad, prohibición de visitas familiares y mucho más—.

Al formular preguntas sobre las condenas, la libertad condicional y las condiciones penitenciarias en diferentes silos, o de separar las decisiones de castigo de su implementación, la administración omite que para valorar la legalidad de las condenas y las condiciones penitenciarias siempre se requiere la evaluación de los poderes punitivos de los gobiernos. Además, la regulación constitucional no sólo se obtiene al interpretar la Octava Enmienda, sino también al aplicar las enmiendas Primera, Cuarta y Decimocuarta. El resultado es un tablero de decisiones que, a diferencia de la jurisprudencia anterior a 1960, es voluminoso.⁷⁴ A continuación, bosquejo los contornos y detallo algunas de las decisiones para mostrar cómo, aun cuando la Corte ha tolerado la ruina por la muerte y el encarcelamiento de por vida, muchas opiniones contribuyen a la jurisprudencia buscando evitar que los estados causen la destrucción de las personas mediante la degradación física y mental.

El derecho constitucional de la pena (discretamente en una miríada de retos estatutarios) se centra en la pena de muerte y en condenas a cadena perpetua sin derecho de libertad condicional.⁷⁵ Dicho en breve, la Corte tiene en cuenta la proporcionalidad de la pena y el delito, el estado de la persona sometida a un castigo particular y la racionalidad de su imposición. Poner fin a la pena de muerte habría puesto fin a una forma de ruina. Pero la Corte se abstuvo de hacerlo; en su lugar, se ha preocupado por la arbitrariedad, pues encontró que algunos procesos de penas capitales no estaban suficientemente guiados y otros eran tan rígidos que no permitían valoraciones individualizadas.⁷⁶ No obstante, la Corte ha descartado la pena de muerte para los enfermos mentales y para

⁷⁴ Me uno a otros académicos que relacionan algunas de estas legislaciones. Véase, por ejemplo, Reinert (2012, p. 1575).

⁷⁵ No detallo aquí el pequeño conjunto de casos que evalúan la constitucionalidad de la libertad condicional, y su revocación. Véanse, por ejemplo, *Gagnon vs. Scarpelli*, 411 U.S. 778, 782 (1973); *Doherty* (2016, pp 322-323). Tampoco exploro el desarrollo del derecho para aquellos confinados en prisión sin condena que están protegidos por la Cláusula de Debido Proceso. Véanse *Bell vs. Wolfish*, 441 U.S. 520 (1979); *Youngblood vs. Romeo*, 457 U.S.307 (1982).

⁷⁶ Véanse *Gregg vs. Georgia*, 428U.S.153 (1976); *Furman vs. Georgia*, 408U.S.238 (1972).

las personas que cometieron delitos cuando eran menores.⁷⁷ Además, las condenas a cadena perpetua sin derecho a libertad condicional cuando se imponen a personas que cometieron delitos siendo menores requieren reevaluaciones de fondo para decidir si la liberación es posible.

Ajustar los castigos a la luz de la capacidad de una persona refleja una preocupación por los individuos, porque su edad o sus discapacidades socavan su capacidad de participar en un proceso de aplicación del derecho penal. Sin embargo, los test de proporcionalidad de la Corte no han declarado inconstitucionales estatutos que establezcan el encarcelamiento a largo plazo por delitos menores; los robos de poco valor pueden sumar un tercer *strike* que resulta en cadena perpetua.⁷⁸ Estos casos *de facto* o *de iure* de cadena perpetua sin derecho a libertad condicional permiten formas de ruina, en tanto privan a las personas de lo que puede implicar vivir fuera de prisión, como la vida familiar. Pero, como discutiré, mientras esas personas estén en prisión tienen un mínimo de protección contra condiciones debilitantes. Los gobiernos aún así deben garantizarles seguridad y algunos aspectos del bienestar.

Otro aspecto del derecho de la condena (aunque no siempre está catalogado con ese encabezado) que se entrelaza con el problema de la ruina económica, data de antes de que las decisiones de pena de muerte de la Corte tuvieran alta visibilidad. Individuos financieramente marginales, en 1970, en la decisión de *Williams vs. Illinois*⁷⁹ desafiaron la conversión de multas impagadas en pri-

⁷⁷ La Corte sostuvo que la pena de muerte no puede imponerse a personas con ciertas discapacidades cognitivas. *Atkins vs. Virginia*, 536 U.S. 304, 321 (2002). En *Roper vs. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), la Corte dispuso que la pena de muerte no podía imponerse a personas que cometieron delitos cuando eran menores. *Id.* p. 578. En *Miller vs. Alabama*, 567 U.S. 460 (2012), la Corte concluyó que imponer una pena obligatoria de cadena perpetua sin derecho a libertad condicional a una persona que cometió el delito cuando un menor viola la Octava Enmienda. *Id.* p. 489. Posteriormente, la Corte dispuso que las personas que cometieron delitos mientras eran menores y fueron condenadas a cadena perpetua sin derecho a libertad condicional tienen derecho a una reconsideración. Véase *Montgomery vs. Louisiana*, 136 S. Ct. 718 (2016). Mientras escribía este artículo, estaba pendiente la decisión de si *Montgomery* tiene una aplicación retroactiva. *Malvo vs. Mathena*, 893 F.3d 265 (4to Cir.2018), cert. concedido, 138 S. Ct. 1317 (2019), argumento No. 18-217 (16 de octubre de 2019).

⁷⁸ Véase *Rummel vs. Estelle*, 445 U.S. 263 (1980). Para una revisión y crítica de la duración de los casos de prisión subsiguientes de la Corte, véase *Sullivan y Frase* (2009), pp. 134-144).

⁷⁹ 399 U.S. 235 (1970).

sión, decisión que fue seguida en 1971 por la de *Tate vs. Short*.⁸⁰ Y continuó en 1983, con la de *Bearden vs. Georgia*,⁸¹ estos fallos requirieron que los jueces investigaran la capacidad de pagar las multas de los individuos antes de ordenar el encarcelamiento.

Williams es un caso de aplicación del canon de igual protección porque sostiene, como se explica a continuación, que la conversión de una multa a tiempo de prisión discrimina a los pobres. Además, *Williams* y su progenie son fundamentales para comprender los límites constitucionales de la pena. Mucho antes de la decisión de 2019, *Timbs vs. Indiana* aplicó la Cláusula de Multas Excesivas a los estados, los jueces aprendieron sobre el impacto del castigo en las personas pobres. De hecho, si *Timbs* se hubiese decidido en la década de 1960, *Williams* también podría haber explorado la importación de la Cláusula de Multas Excesivas.

En 1967, Illinois acusó a Willie E. Williams de haber "obtenido intencionalmente un control no autorizado sobre tarjetas de crédito, cheques y papeles por un valor de menos de ciento cincuenta dólares, propiedad de Edna Whitney".⁸² Williams no pudo pagar la fianza de 10% fijada en 2,000 dólares,⁸³ ni tenía fondos para contratar a un abogado.⁸⁴ En juicio con jurado, un juez del circuito de la Corte del condado de Cook condenó a Williams por "hurto de propiedad [...] que no excedía los US \$150" y le dio la condena máxima autorizada por ese delito: un año en prisión, 500 dólares de multa, y cinco en costas.⁸⁵ Pero después de que Williams cumplió su condena en prisión, el Estado lo envió de regreso porque no podía pagar los 505 dólares. Ahora, Williams debía "satisfacer" la multa a una tasa de cinco dólares al día.⁸⁶

⁸⁰ 401 U.S. 395 (1971).

⁸¹ 461 U.S. 660 (1983).

⁸² Informe para el apelante en 6, *Williams vs. Illinois*, 399 U.S. 235 (1970) (No. 1089), 1970 WL 136556, a * 6.

⁸³ *Id.*

⁸⁴ *Id.* en 7 n.1. Como no había transcripción disponible, los abogados no pudieron informar si Williams fue informado de su derecho a un abogado al que renunció. *Id.*

⁸⁵ *Williams*, 399 U.S. en 236 y n. 2.

⁸⁶ *Id.* en 236.

Williams encontró su camino hacia los anales del derecho gracias a una subvención de la Ford Foundation y a una clínica jurídica de la Universidad de Chicago, que solicitó a los tribunales estatales que anularan la sentencia, fijó una fianza por 500 dólares y llevó el caso a la Corte Suprema de Estados Unidos.⁸⁷ El Estado de Illinois insistió en la constitucionalidad de su práctica; como prueba de ello, señaló cuán común era: "los 50 estados y el gobierno federal de hoy permiten el encarcelamiento de indigentes para recolectar con trabajo lo que el Estado no puede recolectar en dinero".⁸⁸ El informe del *amicus* de Chicago fue más allá, argumentó que un "sistema que le permite a los indigentes salir de la cárcel con sus multas sin pagar discriminaría a la gran mayoría de trabajadores que deben pagar sus multas con el dinero que duramente han ganado".⁸⁹

Los abogados de Williams contestaron que el encarcelamiento más allá del límite legal por el delito violaba la Decimocuarta Enmienda. Con lo que el presidente de la Corte, Warren Burger, estuvo de acuerdo. Escribió y describió para la Corte "la falta de pago [como] una causa importante de encarcelamiento en este país",⁹⁰ Burger concluyó que el encarcelamiento que excede el "periodo máximo fijado por ley" debido a una "falta de pago involuntaria de una multa o costos judiciales" era una "discriminación inadmisibles basada en la capacidad de pago".⁹¹

Como en las muchas decisiones que siguieron para la formación de la jurisprudencia constitucional de la pena, la Corte identificó una "amplia libertad

⁸⁷ Williams estuvo representado por luminarias de los derechos civiles, incluidos Stanley Bass (defensor del caso), de la Comunidad de asesores jurídicos de Chicago; Jack Greenberg, del LDF; Haywood Burns, de NYU, y Anthony Amsterdam, de Stanford. Informe para el apelante, en 8-9, 8 n. 3.

⁸⁸ Informe para el apelado en 4-5, Williams, 399 U.S. 235 (No. 1089).

⁸⁹ Informe de la ciudad de Chicago como *amicus curiae*, Afirmación Urgente en * 3, Williams, 1970 WL 136558 (No. 1089).

⁹⁰ Williams, 399 U.S. en 240.

⁹¹ *Id.* p. 241. Al hacerlo, ambos se basaron en decisiones anteriores y obviaron otras. La Corte había sostenido anteriormente que la pobreza no podía ser un obstáculo para que los acusados obtuvieran las transcripciones requeridas para la apelación y para apelar ellos mismos. Véase Douglas vs. California, 372 U.S. 353 (1963); Griffin vs. Illinois, 351 U.S.12 (1956). En Williams, la Corte no discutió decisiones anteriores que establecieran que los jueces tenían discreción para usar el encarcelamiento como una multa por no pagar una multa. Véase Hill vs. Wampler, 298 U.S. 460 (1936); *ex parte* Jackson, 96 U.S. 727, 736 (1877).

del Estado [...] en la fijación de la pena por crímenes estatales". Pero la Corte se reservó la autoridad para analizar si, dado que el estatuto especificaba los "límites exteriores" del tiempo en prisión requeridos para satisfacer lo que la Corte calificó de "intereses y políticas penológicas", el Estado podría añadir tiempo en prisión para una "cierta clase de acusados condenados [...] únicamente por razón de su indigencia".⁹² La respuesta fue no.

Poco después, en una decisión proferida por el juez Brennan, la Corte aplicó ese precepto a Preston Tate, quien había acumulado 425 dólares en infracciones de tránsito y había sido "compelido" a trabajar en una "granja prisión municipal" para "pagar" esas multas a cinco dólares por día.⁹³ Un abogado de Houston, Peter Navarro, había explicado que los 425 dólares en multas representaban "más que el equivalente a cuatro cheques de discapacidad" que la Administración de Veteranos enviaba a Tate mensualmente y que eran el sustento para él, su cónyuge y sus dos hijos pequeños.⁹⁴ En nombre de Tate, Navarro alegó ante la Corte de Apelaciones Criminales de Texas la desproporción de esta "enorme cantidad de dinero", en tanto surgían tres déficits constitucionales: que la multa violaba la prohibición de la Octava Enmienda contra "castigos excesivos, crueles e inusuales",⁹⁵ la disposición paralela en Texas y las garantías de igual protección de la Decimocuarta Enmienda.⁹⁶

En la Corte Suprema, el camino para los abogados de la apelación en Tate era claro.⁹⁷ Un año antes, en Williams, cuatro miembros de la Corte habían "antici-

⁹² Williams, 399 U.S., en 241-242.

⁹³ Tate vs. Short, 401 U.S. 395, 396-97 (1971). Las citaciones de tráfico de Preston Tate incluyeron cuatro casos por conducir sin licencia (175 dólares), dos citaciones por placas vencidas (100 dólares), una citación por registro ilegal (50 dólares), una por pasarse una señal de detención (50 dólares) y por pasarse una luz roja (50 dólares). Véase Apéndice Conjunto, p. 49, Tate vs. Short, 401 U.S. 395 (1971) (No. 324).

⁹⁴ Véase Apéndice Conjunto, p. 10.

⁹⁵ *Id.* pp. 11-12 (citando a Robinson vs. California, 370 U.S. 660 [1962]; Nemeth vs. Thomas, 35 U.S.L.W.2320 [N.Y. Sup. Ct. 1966]). El abogado de Tate caracterizó su indigencia como una cualidad involuntaria similar a la enfermedad. Navarro escribió que la sentencia de 90 días de Tate violó la Octava Enmienda ya que "incluso un día en prisión sería un castigo cruel e inusual por el 'delito' de tener el resfriado común". *Id.* p. 11 n.3.

⁹⁶ Tate, 401 EE. UU. Al 399-401.

⁹⁷ Informe para el demandante, pp. 10-13, Tate, 401 U.S. 395 (No. 70-324). Norman Dorsen de la NYU y la ACLU discutieron el caso; el nombre de Stanley Bass (el mismo abogado que había defendido a Williams y estaba en LDF) apareció en el informe.

pado" la cuestión de si el principio de discriminación anunciado se aplicaba a personas como Tate (encarcelados por no pagar las multas); los cuatro habían concluido que la Constitución prohibía convertir las multas en prisión.⁹⁸ En 1971, mientras fallaban el caso de Tate, el juez Brennan le recordó a los estados que tenían "alternativas",⁹⁹ como solicitar planes de pago a plazos.¹⁰⁰

El mismo año, la Corte emitió otra decisión, *Boddie vs. Connecticut*, obligando a los estados a subsidiar el uso de los tribunales a las personas que fuesen demasiado pobres como para pagar las tasas del divorcio que pretendían.¹⁰¹ Pero al cabo de dos años, los esfuerzos por construir vínculos fuertes entre la pobreza y la igual protección fueron rechazados. En 1973, por mayoría de cinco, en *San Antonio School District vs. Rodriguez*, la Corte se negó a exigirle a los estados que igualaran el financiamiento escolar en distritos ricos y pobres.¹⁰² Esa decisión obstaculizó los esfuerzos por proyectar la pobreza como un problema constitucional similar a la raza.

Sin embargo, lo que he llamado en otras partes la "alquimia" del debido proceso y la igual protección ha continuado sustentando la línea de casos como *Williams-Tate*.¹⁰³ La Corte no había exigido que se mostrara una intención de discriminar, que ahora es el estándar en la doctrina de la protección igualitaria, sino que utilizaba una mezcla de las dos cláusulas para remediar algunas de las cargas de la pobreza en los tribunales.¹⁰⁴ La decisión *Bearden vs. Georgia* de

⁹⁸ *Tate*, 401 U.S. en 398 (citando *Morris vs. Schoonfield*, 399 U.S. 508, 509 [1970]). *Morris* fue el caso acompañante de *Williams* y fue anulado y devuelto porque Maryland había promulgado una ley que otorgaba a los jueces mayor discreción para valorar y aplicar multas.

⁹⁹ *Id.* p. 399.

¹⁰⁰ *Id.* p. 400 n.5. El juez Blackmun estuvo de acuerdo, pero expresó preocupación de que el fallo creara incentivos para que los estados usaran el encarcelamiento en lugar de multas. *Id.* en 401 (Blackmun, J., concurrente). La concurrencia del juez Harlan en *Williams*, que citó como la base de su concurrencia en *Tate*, se discute en las notas 161-164 y el texto adjunto.

¹⁰¹ 401 U.S. 371 (1971). Para los análisis de los debates entre los jueces sobre la dependencia de la igualdad de protección y el debido proceso, véase Resnik (2011, pp. 78, 86, 91).

¹⁰² 411 U.S.1 (1973). La Corte en *Rodríguez* rechazó la pobreza como una clasificación sospechosa. *Id.* p. 28.

¹⁰³ Véase, por ejemplo, *M.L.B. vs. S.L.J.*, 519 U.S. 102, 128 (1996); también, Resnik (2000, p. 2119; 2013, p. 243).

¹⁰⁴ Véanse *Boddie*, 401 U.S. 371; *Mayer vs. City of Chicago*, 404 U.S. 189, 193-94 (1971). En *Mayer*, el Tribunal exigió a los estados que proporcionen registros a los acusados de delitos menores de indigencia para que puedan apelar.

1983 es un ejemplo en el que se requirió la determinación de la "capacidad de pago" antes de revocar la libertad condicional por falta de pago de la multa y de la restitución.¹⁰⁵ En los últimos años, los tribunales inferiores se han basado en esta jurisprudencia para invalidar los sistemas de fianza que no prevén consultas sobre la capacidad de pago¹⁰⁶ y la suspensión automática de las licencias de conducir por falta de pago de multas o multas de tránsito.¹⁰⁷

El otro cuerpo de derecho constitucional, central para la jurisprudencia del castigo, se trata de las sanciones en prisión. Esos casos comienzan en la década de 1960, cuando los tribunales federales terminaron su enfoque de "no intervención" hacia las cárceles. El primer caso en todo el sistema que llegó a la Corte Suprema fue *Lee vs. Washington*, que se decidió en 1968.¹⁰⁸ La Corte confirmó un fallo de un tribunal de tres jueces en 1966 que dispuso que la segregación de prisioneros en unidades de vivienda "blancas" y "de color" en Alabama era inconstitucional.¹⁰⁹

En el mismo año, los tribunales federales inferiores respondieron las demandas según las cuales los funcionarios penitenciarios estaban violando la Cláusula de Castigos Crueles e Inusuales de la Octava Enmienda. En una decisión del entonces juez Harry Blackmun, el Octavo Circuito concluyó que el sistema penitenciario de Arkansas no podía azotar a los prisioneros por violar sus reglas.¹¹⁰

¹⁰⁵ *Bearden vs. Georgia*, 461 U.S. 660 (1983).

¹⁰⁶ Véase *O'Donnell vs. Harris Cty.*, 251 F. Supp. 3d 1052 (S.D. Tex.2017), afirmado en parte, revocado en parte, 892 F.3d 147 (5th Cir.2018). Después de una decisión sobre la prisión preventiva, *O'Donnell vs. Harris Cty.*, 328 F. Supp. 3d 643 (S.D. Tex. 2018), el tribunal aprobó un acuerdo. *O'Donnell*, No. 4: 16-cv-01414 (S.D. Tex. 21 de noviembre de 2019) (memorando y opinión aprobando el decreto de consentimiento propuesto y el acuerdo de conciliación y otorgando la moción para autorizar la compensación del abogado de la clase); ver también *In re. Humphrey*, 228 Cal. Rptr. 3d 513 (Ct. App. 2018), rev. concedido, 417 P.3d 769 (Cal.2018).

¹⁰⁷ *Robinson vs. Purkey*, No. 3: 17-cv-01263, 2018 WL 5023330, en * 1-2 (MD Tenn. 16 de octubre de 2018), apelación anotada, No. 18-6121 (6ta Cir. 24 de octubre, 2018). Por el contrario, una decisión del Sexto del Circuito se basó en un análisis de base racional para mantener las prácticas estatales. Véase *Fowler vs. Benson*, 924 F.3d 247 (6to Cir.2019).

¹⁰⁸ 390 U.S. 333 (1968).

¹⁰⁹ *Washington vs. Lee*, 263 F. Supp. 327 (M.D. Ala. 1966), afirmado, 390 U.S. 333 (1968). Arkansas terminó su segregación formal de prisioneros después de la confirmación del fallo de 1968. Véase, en general, *Resnik* (2020).

¹¹⁰ Véase *Jackson vs. Bishop*, 404F.2d 571(8th Cir.1968).

Casi al mismo tiempo, el Segundo Circuito determinó que un juez federal había desestimado erróneamente una impugnación de Nueva York, que ponía en su conocimiento el haber puesto a una persona "desnuda" en una celda fría y solitaria durante semanas.¹¹¹ En ambas decisiones, los tribunales de apelación citaron *Trop vs. Dulles* y explicaron que la Octava Enmienda incorporaba "estándares de decencia".¹¹²

En 1970, se produjo otra decisión importante en Arkansas: por primera vez, un juez federal concluyó que todo un "sistema penitenciario" constituía un castigo cruel e inusual.¹¹³ Dos años más tarde, un juez federal condenó la Granja Parchman de Mississippi como "no apta para la habitación humana" y sostuvo que las condiciones que ahí existían violaban la Octava Enmienda.¹¹⁴ Poco después, un juez federal dispuso que las cárceles de Alabama, donde las personas se quedaban en una "caseta de perro" ("un edificio de concreto sin ventanas [...] sin luces, sin ventilación, sin inodoros, sin muebles, sin camas, sin agua corriente, y sin lavabos o duchas [...] y] un solo agujero en el piso de concreto para que los hombres lo usaran en lugar de un inodoro" como castigo por violar reglas de la prisión como llegar tarde al trabajo¹¹⁵) también violaban la Octava Enmienda.¹¹⁶ En 1976, La Corte Suprema concluyó que la Cláusula de Castigos Crueles e Inusuales prohibía a Texas ser deliberadamente indiferente a las conocidas necesidades médicas de los presos.¹¹⁷ En 1978, la Corte revisó casi una década de negligencias en la implementación de órdenes judiciales en

¹¹¹ *Wright vs. McMann*, 460 F.2d 126, 130 (2d Cir. 1972).

¹¹² *Id.*; *Bishop*, 404 F.2d en 579.

¹¹³ La primera decisión fue *Holt vs. Sarver*, 300 F. Supp. 825 (E.D. Ark. 1969), a veces denominado *Holt I*. La decisión sobre la acción de clase en todo el sistema fue *Holt vs. Sarver*, 309 F. Supp. 362 (E.D. Ark. 1970), referido como *Holt II*. La Corte Suprema consideró la implementación de esta decisión en *Hutto vs. Finney*, 437 U.S. 678, 681-85 (1978).

¹¹⁴ *Gates vs. Collier*, 349 F.Supp. 881, 887 (N.D.Miss.1972), afirmado y devuelto, 548F.2d1241 (5th Cir. 1977). Para una descripción detallada del trato racista y brutal de los prisioneros de Mississippi, véase *Oshinsky* (1996).

¹¹⁵ Véase *Myers* (1987).

¹¹⁶ El tribunal describió que los prisioneros estaban encerrados en un edificio en el que no había personal penitenciario, se les daba una comida al día y sólo se permitían tomar duchas después de muchos días. Véase *Pugh vs. Locke*, 406 F. Supp. 318 (M.D. Ala. 1976), afirmado en parte revocado en parte y reenviado sub nom. *Newman vs. Alabama*, 559 F.2d 283 (5o. Cir. 1977), cert. concedido en parte, sentencia juzgada en parte sub nom. *Alabama vs. Pugh*, 438 U.S. 781 (1978).

¹¹⁷ *Estelle vs. Gamble*, 429 U.S. 97, 104 (1976).

Arkansas, detalló condiciones desagradables y defendió un pago de honorarios de abogados contra el Estado.¹¹⁸ En 1987, más de 30 sistemas penitenciarios estatales estaban en litigio por violaciones constitucionales.¹¹⁹

Las garantías de la Primera Enmienda, así como el debido proceso sustantivo y procesal, a veces mezcladas con la Octava Enmienda, también tienen penas estatales limitadas y protegen las oportunidades de las personas encarceladas para expresarse, asociarse y recibir un trato justo. Los tribunales federales analizan las justificaciones de los funcionarios penitenciarios, se cuestionan si están "razonablemente relacionados con intereses penológicos legítimos" y, a veces, identifican restricciones a los castigos en función de la comprensión que tienen sobre el peso que se les debe otorgar a los "derechos fundamentales" y a preocupaciones de gestión institucional.¹²⁰

Por ejemplo, la Corte ha rechazado los castigos estatales que le impiden a las personas sus prácticas religiosas,¹²¹ contraer matrimonio¹²² o ser enganchados a puestos durante horas y horas.¹²³ Además, les ha exigido a los gobiernos que les brinden algunas protecciones procesales antes de quitarles los créditos por buena conducta.¹²⁴ Incluso, cuando redujo de varias maneras la supervisión judicial, incluyendo la decisión de que los presos tenían protecciones procesales del debido proceso sólo cuando los funcionarios penitenciarios imponían "penurias atípicas y significativas",¹²⁵ los tribunales federales continuaron siendo requeridos para valorar los parámetros legales de la pena.

En 2019, Timbs ratificó esa obligación. Tyson Timbs alegó que el embargo de su automóvil en Indiana por 42 mil dólares fue "manifiestamente despropor-

¹¹⁸ *Hutto vs. Finnet*, 437 U.S. 678, 681-85 (1978).

¹¹⁹ Véase "Status report: state prisons and the courts" (1987).

¹²⁰ Véase, por ejemplo, *Turner vs. Saffley*, 482 U.S. 78, 87 (1987).

¹²¹ Véase *Cruz vs. Beto*, 405 EE. UU. 319 (1972). Tanto la Constitución de Estados Unidos como la legislación estatal sobre libertad pueden aplicarse.

¹²² *Turner*, 482 U.S. en 91.

¹²³ *Hope vs. Pezler*, 536 U.S. 730 (2002).

¹²⁴ *Wolff vs. McDonell*, 418 U.S. 539 S. Ct. 682, 686 (2019).

¹²⁵ *Wilkinson vs. Austin*, 545 U.S. 209, 223 (2005); *Sandin vs. Conner*, 515 U.S. 472, 484 (1995).

cionado" en relación con la gravedad de su condena (tráfico de una sustancia controlada), por lo que fue sentenciado a un año de detención domiciliar y multado por "honorarios y costos para un total de US \$1,203".¹²⁶ En la Corte, la jueza Ginsburg determinó que la Decimocuarta Enmienda incorporaba la Cláusula de Multas Excesivas y, por tanto, que los estados tenían que cumplir con las normas federales de la pena, así como las de sus propias constituciones.¹²⁷ El juez Thomas estuvo de acuerdo. Desde su punto de vista, la Cláusula de Privilegios o Inmunities le daba a los ciudadanos protección contra la imposición de "multas ruinosas" por parte del gobierno.¹²⁸

Si bien *Timbs* fue el primer caso en que se aplicó la Cláusula de Multas Excesivas a los estados, la Corte ha emitido otras cuatro decisiones en respuesta a los desafíos por las confiscaciones federales.¹²⁹ Hasta la fecha, la Corte ha leído la Cláusula como una obligación para los gobiernos de castigar (en lugar de remediar) un error;¹³⁰ la Cláusula no protege a los particulares que se les ha ordenado pagar daños punitivos a otros actores privados.¹³¹ Como resultado, algunas sanciones civiles y penales permanecen aisladas, a pesar de que tienen mucho en común analítica y experimentalmente. En lugar de revisar la Octava Enmienda, los análisis de la Corte sobre la constitucionalidad de los daños punitivos estatales se derivan de la interpretación de la Cláusula de Debido Proceso,¹³² al igual que las normas de la Corte sobre la detención de personas detenidas sin condenas penales.¹³³ Sin embargo, la Corte ha insistido en el control sobre la categorización; la etiqueta que los gobiernos fijan a sus acciones no es dispositiva. Más bien, la Cláusula regula todas las multas y confiscaciones del

¹²⁶ *Timbs vs. Indiana*, 139 S. Ct. 682, 686 (2019).

¹²⁷ *Id.* p. 689.

¹²⁸ *Id.* p. 694 (Thomas, J., concurrente) (citando a Schwoerer [1981, p. 91]). En la página citada, Schwoerer analiza la imposición de sanciones financieras por parte de los tribunales ingleses en la década de 1680 y posteriormente.

¹²⁹ Véanse *United States vs. Bajakajian*, 524 U.S. 321(1998); *Alexander vs. United States*, 509 U.S. 544 (1993); *Austin vs. United States*, 509 U.S. 602 (1993); *Browning-Ferris Indus. of Vt., Inc. vs. Kelco Disposal, Inc.*, 492 U.S. 257 (1989).

¹³⁰ Véase *Browning-Ferris*, 492 U.S. en 275.

¹³¹ Véase *id.* El Tribunal concluyó que debido al proceso impone algunas restricciones. *Id.* p. 276.

¹³² Véase, por ejemplo, *Browning-Ferris*, 492 U.S. p. 276.

¹³³ Véase, por ejemplo, *Bell vs. Wolfish*, 441 U.S. 520, 535 (1979); *Youngblood vs. Romeo*, 457 U.S. 307 (1982).

gobierno diseñadas para castigar, ya sea que se denominen "civiles", "penales", "en persona" o "*in rem*".

Este enfoque significó que se protegiera a Richard Lyle Austin, por medio de la Cláusula de Multas Excesivas, de la confiscación "civil" del gobierno federal que buscaba llevarse su casa móvil y su taller de carrocería de autos, después de que había sido condenado por un delito de drogas.¹³⁴ El juez Blackmun explicó que lo relevante constitucionalmente era "evitar que *el gobierno* abusara de su poder para castigar"¹³⁵ por medio de la extracción de los pagos "en efectivo o en especie".¹³⁶ En *Timbs*, el juez Thomas reiteró que la Cláusula de Multas Excesivas, importada en la fundación de Inglaterra, buscaba asegurar que el Estado "no prive al infractor de su sustento";¹³⁷ el poder punitivo de los gobiernos no debería resultar en "la ruina del criminal".¹³⁸

La potencial amplitud de esta proposición merece discusión. Los historiadores cuentan que la protección contra multas excesivas no sólo era habitual para los "enemigos" del rey (y, por tanto, para una clase de posibles acusados con recursos que el rey intentó obtener o estaba especialmente interesado en disminuir), sino también a los comerciantes y otros "villanos".¹³⁹ Este aislamiento de clase cruzada tenía como objetivo evitar que se tomara lo que ahora se llamaría "sustento" y lo que luego se describió como accesorio,* producido o "mercancía".¹⁴⁰

¹³⁴ *Austin*, 509 U.S. en 604.

¹³⁵ *Id.* p. 607. El juez Blackmun dejó en claro que, a diferencia de algunas disposiciones de la Constitución que estaban "expresamente limitadas a casos penales", la Octava Enmienda no tenía tal "limitación". *Id.* pp. 607-608, 608 n. 4.

¹³⁶ *Id.* p. 610.

¹³⁷ *Timbs vs. Indiana*, 139S. Ct. 682, 693 (2019) (Thomas, J., concurrente) (citando *Estados Unidos vs. Bajakajian*, 524 U.S. 321, 335 [1998]). Al citar a *Bajakajian*, el juez Thomas hizo referencia a la opinión mayoritaria que escribió.

¹³⁸ *Id.* p. 694 (citando *The History of England Under the House of Stuart, including the Commonwealth* 801 [1840]).

¹³⁹ Véanse Informe *Amici Curiae* of Eighth Amendment Scholars in Support of Neither Party at 5-6, 8-12, *Timbs vs. Indiana*, 139 S. Ct. 682 (2019) (No. 17-1091), 2018 WL 4381213, en *6; McLean (2013), pp. 833, 854-57).

* N. del T. La palabra *contenement* es una expresión de difícil traducción al castellano. Se trata de una expresión del derecho antiguo inglés que indica algo adyacente o "accesorio" a una tierra o cosa, y que permite el disfrute de ésta.

¹⁴⁰ Véase McLean (2012), pp. 850, n. 59, 884).

Por supuesto, existe un interrogante sobre estas protecciones históricas, ya que Inglaterra impuso castigos que hoy se consideran como castigos "bárbaros", tales como, la marcación y ejecución de personas, así como el transporte de estos a colonias.¹⁴¹ Comentarios del siglo XVIII ofrecieron una explicación utilitaria para esta incongruencia que permitía que los gobiernos terminaran con la vida de una persona, pero no "arruinarla" económicamente. Una primera explicación se basó en los incentivos perversos, si un delito menor dejaba a una persona en una "peor condición" que al cometer un delito capital.¹⁴² Además, como lo expresó Benjamin Franklin, tomar la propiedad que era "necesaria para un hombre" no era lo que el "*welfare of the publick*" ("bienestar del público") podía exigir.¹⁴³

Regresando entonces a Illinois, a fines de la década de 1960 Willie Williams había robado menos de 150 dólares, fue enviado a prisión 12 meses y multado por tres veces ese valor. El escrito presentado por Williams explicaba que, al ponerlo en prisión, el Estado lo había sometido "a la ruptura de sus relaciones familiares, a la pérdida de un sueldo, a la pérdida de un empleo, a la pérdida de oportunidades educativas [...] a una mala alimentación y vivienda".¹⁴⁴ Piénsese también en la cantidad de multas de tráfico que Preston Tate enfrentó antes de 1971 en Texas y en el argumento de su abogado de que la suma de 425 dólares era desproporcionada, dada su necesidad de mantener a su familia con su beneficio mensual por discapacidad para veteranos de 105 dólares.¹⁴⁵

¹⁴¹ Como John Langbein me señaló, la marcación tenía sus utilidades, como el marcado de personas (en una época sin acceso a registros) que se habían librado de la horca una vez y, por tanto, no podían ser elegidas para el rescate por segunda vez. Correo electrónico de John H. Langbein, profesor emérito de derecho e historia jurídica de Sterling y profesor titular de derecho en la Facultad de Derecho de Yale, a Judith Resnik, profesora de derecho Arthur Liman, Facultad de Derecho de Yale (29 de noviembre de 2019) (en el archivo con autor). Véase, en general, Langbein (1976, p. 35).

¹⁴² Véase McLean (2013, pp. 864-865) (citando a Emlyn [1742, p. XII]).

¹⁴³ *Id.* p. 869 (citando una carta de Benjamin Franklin a Robert Morris [25 de diciembre de 1783], Franklin [1987, pp. 1079, 1082]).

¹⁴⁴ Informe para el apelante en 14, Williams vs. Illinois, 399 U.S. 235 (1970) (No.1089), 1970 WL136556, en * 14 & n. 9. El informe de Williams también señaló que una encuesta financiada por la Fundación Ford describía las condiciones miserables en las instalaciones penitenciarias a corto plazo.

¹⁴⁵ Informe para el demandante en 5, Tate vs. Short, 401 U.S. 395 (1971) (No. 70-324), 1970 WL 136810, en * 5.

El parámetro para juzgar como excesivo puede ser que una pena sea desproporcionada (o extremadamente desproporcionada) para un delito o para la capacidad de pago de una persona. Williams y Tate ejemplifican ambos tipos de excesos, tanto la discriminación de personas con ingresos, como aquellas con ingresos y patrimonio limitados. Sin embargo, en 1970, antes de la incorporación de la Cláusula de Multas Excesivas, la inconstitucionalidad en Williams y Tate de convertir las sanciones financieras en tiempo de prisión, radicaba en la opinión de los jueces de que, a pesar de que los estados habían autorizado ese canje, la encarcelación era imposible de medir en dinero.

Con *Timbs* ahora se les remite los casos a los tribunales estatales para que aborden las restricciones constitucionales a los castigos monetarios mediante ambos tipos de protecciones constitucionales, de acuerdo con las leyes federales y estatales. Queda por ver si los tribunales y las legislaturas vincularán las explicaciones de la prohibición de multas excesivas prevista en *Timbs* que tienen diferente impacto económico que *Williams-Tate*.¹⁴⁶ En *Timbs*, la jueza Ginsburg discutió los incentivos para usar las multas como una "fuente de rentas públicas",¹⁴⁷ lo que señaló que era "ni mucho menos hipotético".¹⁴⁸ La concurrencia del juez Thomas mapeó la historia inglesa sobre cómo tales multas produjeron la ruina de los delincuentes, el compromiso de la Constitución de Estados Unidos con su prohibición como un "derecho fundamental de la ciudadanía"¹⁴⁹ y las preocupaciones sobre las severas sanciones económicas impuestas

¹⁴⁶ Véanse Buskey (2020, p. 415) y Colgan y McLean (2020, p. 430). Como discuten estos autores, otras preguntas que se incluyen son si la Corte modificará el estándar de multas "extremadamente desproporcionadas" que desarrolló *Bajakajian*, si generará un test diferente para multas que para confiscaciones, si tendrá en consideración la capacidad de pago y si evaluará múltiples factores al valorar los medios económicos de las personas.

Antes de que se decidiera *Timbs*, Beth Colgan había argumentado que la Cláusula de Multas Excesivas debería incorporarse y debería limitarse el uso de multas regresivas. Véase Colgan (2018). Para ver muchos ejemplos de la jurisprudencia y de la regulación y la legislación sobre multas y tarifas, consulte Resnik, Van Cleave, Bell, Albertson, Friedlander, Green y Morse (2018) y Resnik, Van Cleave, Harrington, Selbin, Foster, Weiss, Barksdale, Eynon, Garlock y Phillips (2019).

¹⁴⁷ *Timbs vs. Indiana*, 139 S. Ct. 682, 689 (2019) (citando *Harmelin vs. Michigan*, 501 U.S.957, 979 n. 9 (1991) (opinión de Scalia, J.)).

¹⁴⁸ *Id.* (citando a Brief of the American Civil Liberties Union – La Unión Estadunidense por las Libertades Civiles *et al.*, como *amici curiae* soportando a los demandantes en 7, *Timbs vs. Indiana*, 139 S. Ct. 682 (2019) (No. 17-1091), 2018 WL 4462202).

¹⁴⁹ *Id.* p. 696 (Thomas, J., concurriendo).

por los Códigos Negros durante la época en que se ratificó la Decimocuarta Enmienda.¹⁵⁰

En la última década, "Ferguson" (Missouri) se convirtió en la triste abreviatura del papel que juegan la raza y la pobreza cuando las localidades abusan de su poder para imponer sanciones monetarias.¹⁵¹ La documentación que sustenta que estas prácticas no eran exclusivas de esta ciudad de Missouri proviene de investigaciones y litigios alrededor del país, ya que los condados acusaban a familias de niños reclusos en detención juvenil, estimaban "tarifas de registro" de indigentes acusados por defensores públicos "gratuitos", o solicitaban pagos por el tiempo que se pasaba en detención.¹⁵² Una nueva abreviatura, LFO —*legal financial obligations* (obligaciones financieras legales)—, representa montones de deuda¹⁵³ y, para algunos, la pérdida de licencias de conducir o sus derecho a votar, y en ocasiones el encarcelamiento por incumplimiento de órdenes judiciales o por cometer infracciones como conducir sin licencia.¹⁵⁴

5. Parámetros de la pena: propósitos penológicos, racionalidad y ruina

Lo que surge de la integración del derecho constitucional de la pena es una jurisprudencia que insiste en el propósito, la deferencia, arraigada en su tiempo, que impone algunos límites a los actores estatales y federales, y aún tolera una gran cantidad de sanciones. Dejando de lado (por el momento) la pena de muerte y la cadena perpetua sin derecho a libertad condicional, la Corte ha erigido una serie de amortiguadores contra la destrucción de las personas "debidamente condenadas", que, aunque lejos de ser suficientes, pueden entenderse como el comienzo del principio antirruina que presenté al principio. A modo de cierre, resumo varias facetas de esta parte del derecho.

¹⁵⁰ *Id.* p. 697.

¹⁵¹ Véase Bell (2018), pp. 1, 8-15).

¹⁵² Véase, en general, Resnik y Marcus (2020).

¹⁵³ Véase Harris (2016).

¹⁵⁴ Véanse, por ejemplo, *Robinson vs. Purkey*, No. 3:17-cv-01263, 2018 WL 5023330, en *1–2 (M.D. Tenn. Oct. 16, 2018), apelación transcrita, No. 18-6121 (6th Cir. Oct. 24, 2018); Zhen y Greene (2018), N. Y. C. B. (2019), Texas Fair Defense Project & Texas Appleseed (2018), Craven y Nuzzo (2018).

Primero, la Corte ha interpretado la Constitución para exigir que la pena se base en razones lícitas. Haciendo eco regularmente (aunque no se suelen citar) a Beccaria y Bentham en una búsqueda de distinciones entre penas lícitas e ilícitas, y al comprometerse a analizar las funciones y fines, la Corte insiste en que la pena no debe "carecer totalmente de justificación penológica".¹⁵⁵

En segundo lugar, los jueces han identificado justificaciones recurriendo a una mezcla de teorías políticas, económicas y morales que configuran los propósitos penológicos permisibles; los tribunales también han categorizado algunos motivos y acciones como ilícitos. En la lista aprobada están los esfuerzos del gobierno por disuadir, expresar aprobación, retribuir, incapacitar, rehabilitar y garantizar la seguridad en la comunidad (y, en las prisiones, institucionalmente) y la conservación de costes.¹⁵⁶ Al valorar si las penas son crueles e inusuales, desproporcionadas o excesivas, o violan los derechos de la Primera, Cuarta y Decimocuarta Enmienda, los jueces atribuyen algunas o muchas de estas metas a quienes toman las decisiones y luego deciden por sí mismos si el método elegido fue racional o no, e incluso si es racional en algunas dimensiones, si el castigo sin embargo está fuera de sus límites.

Una ilustración de cómo los juristas suplen sus propias respuestas proviene de la concurrencia del juez Harlan en *Williams vs. Illinois*, en 1971, presentada para distanciarse de la opinión mayoritaria presentada por Burger, presidente de la Corte, centrada en la igual protección.¹⁵⁷ El juez Harlan señaló que el debido proceso requería que los tribunales valorarán la "racionalidad de la conexión entre los medios legislativos y el propósito, la existencia de medios alternativos para lograr el propósito y el grado de confianza [...] que el estatuto refleje la preocupación legislativa de que el propósito sustentará legítimamente los medios escogidos".¹⁵⁸

¹⁵⁵ *Gregg vs. Georgia*, 428 U.S. 153, 183 (1976) (Stewart, J., se unió a Powell & Stevens, J.J.) (decisión plural). Se pueden encontrar versiones de esa propuesta en muchas decisiones.

¹⁵⁶ De nuevo, los ejemplos son hitos. Véanse *Rhodes vs. Chapman*, 452 U.S. 337, 352 (1981); *Overton vs. Bazzeta*, 539 U.S. 126, 133 (2003); *O'Lone vs. Estate of Shabazz*, 482 U.S. 342 (1987).

¹⁵⁷ *Williams vs. Illinois*, 399 U.S. 235, 259 (1970) (Harlan, J., concurrente).

¹⁵⁸ *Id.* p. 260.

El juez Harlan afirmó que al convertir una multa en prisión no se cumplía ningún fin penológico; desde su punto de vista, al hacerlo no se avanza ni en la rehabilitación ni en la retribución. Harlan planteó que la legislatura podría haber elegido "una multa de pago única" como "un mejor elemento de disuasión que una que fuera pagadera durante un periodo de tiempo", pero pensó que era poco probable que ello "representase un juicio legislativo considerado".¹⁵⁹ Dado que Illinois tenía por norma "declararse indiferente a la multa o la cárcel", el juez Harlan concluyó que la conveniencia administrativa del pago de una suma fija sobre un plan de pagos probablemente no superaría el interés de libertad individual para las personas "que no poseen activos acumulados" y que argumentaron que sólo podían obtener fondos para pagar la multa fuera de la prisión.¹⁶⁰ El juez no discutió que la gente sin activos le podría faltar la capacidad de realizar pagos periódicos, que los costos de recaudación podrían superar las sumas adeudadas o que una multa relacionada con el ingreso diario ganado por las personas (llamadas "multas diarias") podría ser útil.¹⁶¹

Otra explicación de lo que hace que una pena sea inadmisibles proviene de la respuesta de la Corte al reclamo de J. W. Gamble, un prisionero de Texas que en 1974 alegó que, después de que una paca de algodón de 600 libras cayera sobre él, el Estado no le proporcionó un tratamiento suficiente para la lesión de espalda y su enfermedad cardíaca. Un tribunal del distrito federal desestimó la queja escrita a mano por Gamble, pero el Quinto Circuito, señalando que Texas tenía un médico de tiempo completo para 17 mil prisioneros, describió la atención del Estado como "lamentablemente inadecuada" y determinó que el caso constitucional de Gamble podía continuar.¹⁶²

En 1976, en la decisión de *Estelle vs. Gamble*, el juez Marshall redactó para la Corte. Citando lo que el entonces juez Blackmun había dicho en 1968 al consi-

¹⁵⁹ *Id.* p. 265.

¹⁶⁰ *Id.* El juez Harlan explicó que no vio una "distinción entre las circunstancias en las que el Estado a través de su agente judicial determina que la pena efectiva requiere menos del periodo máximo de prisión más una multa, o sólo una multa, y las circunstancias [en disputa en *Williams*]" *Id.* p. 256.

¹⁶¹ Para una discusión sobre multas por día, véase Colgan (2017).

¹⁶² *Gamble vs. Estelle*, 516 F.2d 937, 940-41 (5o. Cir. 1975), *rev'd sub nom. Estelle vs. Gamble*, 429 U.S.97 (1976). En varios momentos, dos médicos adicionales y ayuda ocasional a medio tiempo estaban disponibles. *Id.* en 941 n. 1.

derar que los azotes de Arkansas eran inconstitucionales, explicó que la Octava Enmienda encarnaba "conceptos amplios e idealistas de dignidad, estándares civilizados, humanidad y decencia".¹⁶³ Los castigos prohibidos no se limitaban a tratamientos "físicamente bárbaros"; el negar un tratamiento médico podía provocar un "dolor y sufrimiento que nadie podía decir que sirviera para algún fin penológico".¹⁶⁴ Como consecuencia, "la indiferencia deliberada a necesidades médicas serias" violaban la Octava Enmienda. La Corte no investigó si el sistema de atención médica de Texas era inusual, que no lo era, como se refleja en un registro que incluye estudios de otros sistemas penitenciarios que proveían atención médica pésima, que era suministrada sólo cuando el personal de la prisión lo permitía.¹⁶⁵

Un esfuerzo de síntesis sobre las restricciones constitucionales de la privación de la libertad se produjo por el juez Powell en 1981 en el fallo *Rhodes vs. Chapman*. Resumió la normatividad de la Corte sobre las condiciones carcelarias con el objetivo de prevenir "la imposición cruel e innecesaria del dolor" mediante la imposición de un encierro que fuera "extremadamente desproporcionado respecto de la gravedad del delito [o] la privación a los internos de las medidas mínimas civilizadas para las necesidades de la vida".¹⁶⁶ Se reiteró el razonamiento de la Corte en *Estelle*, el dolor "innecesario y cruel" no se limitó a los "físicamente bárbaros".¹⁶⁷ Las prácticas sin "ninguna justificación penológica",¹⁶⁸ como la indiferencia deliberada para conocer las necesidades médicas, también violaban la Octava Enmienda.¹⁶⁹

¹⁶³ *Estelle vs. Gamble*, 429 U.S. 97, 102 (1976) (citando a *Jackson vs. Bishop*, 404 F.2d 571, 579 [8th Cir. 1968]). El Tribunal de *Estelle* también invocó a *Trop vs. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958). Véase *Estelle*, 429 en 102.

¹⁶⁴ *Estelle*, 429 U.S. p. 103. La Corte señaló que el *common law* también reconoció la necesidad de "cuidar del prisionero, que no puede ser razón para la privación de su libertad, cuidarse a sí mismo". *Id.* p. 104 (cita a *Spicer vs. Williamson*, 132 S.E.2991, 293 [N.C.1926]).

¹⁶⁵ Véase *Estelle*, 429 EE. UU. En 110 n. 3 (Stevens, J., disidente). El juez Stevens hizo referencia a estudios sobre servicios médicos terribles en los sistemas penitenciarios de Pensilvania y California.

¹⁶⁶ Véase *Rhodes vs. Chapman*, 452 U.S. 337, 347 (1981).

¹⁶⁷ *Id.* en 346.

¹⁶⁸ *Id.* (Citando *Gregg vs. Georgia*, 428U.S.153,183 (1976)).

¹⁶⁹ Véase *Estelle*, 429 US en 103.

Pero ¿qué es lo extremadamente desproporcionado, cuál es la medida mínima civilizada para las necesidades de la vida, qué es lo innecesario, lo excesivo, lo sin sentido o lo que penológicamente no tiene justificación alguna? Los tribunales inferiores en *Rhodes vs. Chapman* concluyeron que era constitucionalmente intolerable que Ohio albergara a 2,300 personas en una instalación diseñada para 1,620 prisioneros.¹⁷⁰ Sobre la punzante disidencia del juez Thurgood Marshall (en la que señalaba que la mayoría de las ventanas de la Corte Suprema eran más grandes que el espacio asignado por persona en celdas dobles), el juez Powell justificó "la incomodidad" de la doble celda diciendo que la prisión de Ohio albergaba a "personas condenadas por delitos graves".¹⁷¹ *Rhodes* es fundamental para la ampliación de la encarcelación porque, al no reforzar las reglas arquitectónicas de capacidad, la tesis hizo posible que los estados enjuiciaran a más personas sin internalizar los costos del confinamiento en espacios apropiados.

La decisión de *Rhodes* me lleva a una tercera faceta del derecho constitucional de la pena. Ya sea por impugnaciones de las condenas o de las condiciones penitenciarias, o de una revisión de la legislación estatal o federal, o en el conocimiento de acciones ejecutivas de los funcionarios penitenciarios, los jueces invocan regularmente una presunción de deferencia. Las distinciones entre la autoridad legislativa y ejecutiva, entre funcionarios de alto y bajo nivel de los organismos y entre los gobiernos estatales y federales podrían proporcionar la base para diferentes formas de deferencia, predicada en la separación de poderes y el federalismo. De hecho, en algunos casos, los jueces explican que los departamentos correccionales tienen una pericia especial, resaltan la importancia de la toma de decisiones mayoritarias o invocan el federalismo como una limitación a la intervención.

¹⁷⁰ Véase *Chapman vs. Rhodes*, 434 F. Supp. 1007, 1021 (S.D. Ohio 1977), afirmado, 624 F.2d 1099 (6th Cir. 1980), revocado, 452 U.S. 337 (1981).

¹⁷¹ *Rhodes*, 452 U.S. en 349. Para entonces, la Corte también confirmó la doble celda para los detenidos en prisión preventiva. Véase *Bell vs. Wolfish*, 441 U.S. 520 (1979). El juez de primera instancia distinguió ese fallo sobre la base de que tales condiciones eran a corto plazo, en contraste con los años que las personas detenidas en prisión tendrían que pasar en esa densidad. *Chapman vs. Rodas*, 434 F. Supp. 1007, 1020 (S.D. Ohio 1977).

Sin embargo, en general, el derecho constitucional de la pena no varía dependiendo de si una persona es condenada en un tribunal estatal o federal, o si la pena se impone por medio de una ley o una acción ejecutiva. En lugar de ello, los jueces insisten en que los poderes políticos tienen el papel principal en la confección e imposición de las penas y que las anulaciones judiciales deben ser la excepción.¹⁷²

Cuarto, la doctrina de la deferencia se anima por preocupaciones con los puntos límite, que los jueces a menudo expresamente reconocen.¹⁷³ Si la confiscación del negocio de Richard Austin es una pena demasiado grande y la pérdida de Tyson Timbs de su Land Rover también es excesiva, ¿qué pasa con las multas de 500 dólares impuestas a las personas que no tienen forma de pagarlas? Si azotar a alguien es inadmisibles, ¿qué pasa con poner a alguien en aislamiento solitario o limitarles la comida o trasladarla lejos de casa?

Tales pendientes resbaladizas son, como es lógico, constantemente defendidas por los gobiernos argumentando que los tribunales deberían apartarse del control de la pena. Ya en 1974, cuando el derecho de las condiciones penitenciarias estaba surgiendo, la Corte conoció un caso en el que se cuestionaba si un Estado tenía autoridad ilimitada para anular los créditos de "buena conducta" obtenidos.¹⁷⁴ El fiscal general de Nebraska advirtió a la Corte que los administradores de prisiones estatales se preguntaban "si la encarcelación ya no era más una forma legal de pena para los condenados por delitos".¹⁷⁵

¹⁷² Véase, por ejemplo, Dolovich (2012, p. 245). Como discuto, los tribunales otorgan deferencia a la toma de decisiones legislativas y ejecutivas (incluidos los actores estatales de menor nivel) de si se castiga o no, contrario a lo que piensan quienes están inmersos en la literatura analizando las distinciones entre esas dos ramas, el grado de deferencia no varían dependiendo de si la práctica controvertida proviene de una rama u otra.

¹⁷³ La idea de que la deferencia tenía sentido cuando el trazado de líneas era difícil se discutió en *Rummel vs. Estelle*, 445 U.S. 263 (1980), que confirma una sentencia obligatoria de cadena perpetua por tres delitos de hurto que ascendieron a 230 dólares. La opinión mayoritaria del juez Rehnquist declaró que "[los] mismos penólogos no habían podido ponerse de acuerdo sobre si las condenas debían ser ligeras o pesadas, discretionales o determinadas. Esta incertidumbre refuerza nuestra convicción de que cualquier 'tendencia nacional' hacia sentencias más ligeras y discretas debe encontrar su fuente y su sustento en las legislaturas, y no en los tribunales federales". *Id.* pp. 283-84 (se omiten las notas de pie de página).

¹⁷⁴ *Wolff vs. McDonnell*, 418 U.S. 539 (1974).

¹⁷⁵ Informe del demandante en 16, *Wolff*, 418 U.S. en 539 (No. 73-679).

Hiperbólica y, en un nivel, correcta. Los tribunales respondieron ordenando a los administradores de las prisiones que hicieran cambios, los tribunales terminaron con la forma de castigo ilegal que era el encarcelamiento en muchas jurisdicciones en ese momento. Los gobiernos perdieron el control total que habían defendido que les era intrínseco a su administración de las cárceles.

Por ejemplo, cuando la Corte sostuvo en 1974 que "ninguna cortina de hierro" separaba las cárceles de la Constitución y que los estados tenían que permitir escuchas de reclamaciones por debido proceso antes de retirar los créditos de buena conducta,¹⁷⁶ la Corte puso en marcha cambios profundos en el régimen diario de las instituciones. Ese mandato fue puesto en operación por los departamentos correccionales de todo el país. Una ilustración proviene de datos de 2018 en Oregón, año en el que el Estado confinó a unas 14 mil personas en prisión. Su Departamento de Correcciones llevó a cabo más de 10 mil audiencias disciplinarias de debido proceso, y en 13% los oficiales de audiencias desestimaron el caso.¹⁷⁷

Otro ejemplo del impacto de la Corte (que se entrelaza con los incentivos del mercado) proviene de lo que sucedió después de la decisión de 1976 en *Estelle vs. Gamble*, en la que se concluyó que "la indiferencia deliberada a las necesidades médicas graves" viola la Octava Enmienda. Aunque en prisión preventiva, *Gamble* perdió su demanda debido a lo que el tribunal de apelaciones denominó "pautas rigurosas" impuestas por la Corte Suprema,¹⁷⁸ la decisión ha generado

¹⁷⁶ Wolff, 418 U.S. en 555-56.

¹⁷⁷ Entrevista telefónica con el asistente del inspector general de Audiencias, Departamento de Correcciones de Oregón (15 de noviembre de 2019); correo electrónico del asistente del inspector general de Audiencias, Departamento de Correcciones de Oregón, a Judith Resnik, profesor de Derecho Arthur Liman, Facultad de Derecho de Yale (18 de noviembre de 2019) (en el archivo del autor).

¹⁷⁸ En los nueve meses de la decisión de la Corte Suprema, la Corte de Apelaciones desestimó el caso de *Gamble* porque no pudo cumplir con la carga que la primera había impuesto de demostrar la indiferencia del sistema penitenciario. *Gamble vs. Estelle*, 554 F.2d 653, 653-54 (5o. Cir. 1977) (*per curiam*). Ese resultado fue pronosticado en parte por la disidencia del juez Stevens, quien objetó el enfoque de la mayoría en la "motivación subjetiva de las personas acusadas de violar la Octava Enmienda" en lugar de aclarar que las acusaciones, declaradas *pro se*, eran suficientes para reclamar una violación del "estándar de cuidado requerido por la Constitución". *Estelle vs. Gamble*, 429 U.S. 97, 109 (Stevens, J., disidente). El juez Stevens habría mantenido la intención irrelevante; si las supuestas fallas "fueron producto del diseño, la negligencia o la mera pobreza, fueron crueles e inhumanas", pp. 116-117.

órdenes judiciales estructurales y la conformación de redes de profesionales y corporaciones que proveen servicios de salud en las prisiones.¹⁷⁹ Los tribunales inferiores han entendido que la decisión requiere la provisión de servicios de salud mental, detección de hepatitis C y administración del medicamento que la cura, así como el tratamiento médico asistido (TMA) para ciertas formas de abuso de sustancias.¹⁸⁰ Este gran número de casos se pueden resumir como una prohibición de crear condiciones que arruinen la salud de las personas, incluso cuando abundan los dolorosos informes de la interferencia de los funcionarios correccionales en partos y en fallas médicas.¹⁸¹

Sin embargo, en la década de 1980 la buena voluntad de los tribunales de reconsiderar otros aspectos de las cárceles decreció. Parte de la disminución provino de lo inmensa que era dicha tarea. ¿Cuál fue (y es) el parámetro por el cual se determina la legalidad de las condenas y de las prácticas carcelarias? Las legislaturas estatales siempre justifican sus condenas como buenas para el cuerpo político. Los funcionarios penitenciarios, asimismo, explican lo que hacen en términos de experiencia, costo y seguridad. Uno o más de los propósitos penológicos estándar se pueden dirigir a justificar las sanciones, como lo demuestran las decisiones que discuten la disuasión y la retribución en apoyo al mantenimiento de la pena de muerte.¹⁸² ¿Dónde está la línea entre los derechos que protege la Constitución y las decisiones que se dejan a los legisladores o a los funcionarios penitenciarios?

Una gran cantidad de comentarios jurídicos reaccionan buscando respuestas en los enfoques interpretativos de la Constitución que los juristas eligen.¹⁸³ Los

¹⁷⁹ Véase, por ejemplo, *Brown vs. Plata*, 563 U.S. 493 (2011).

¹⁸⁰ *Hoffer vs. Pulgada*, 382 F. Supp. 3d 1288 (N.D. Fla.2019); *Hoffer vs. Jones*, 323 F.R.D. 694 (N.D. Fla. 2017); *Hoffer vs. Jones*, 290 F. Sup. 2d. 1292 (N.D. Fla.2017). Estos tres casos se han consolidado y se ha presentado una apelación en el Undécimo del Circuito. *Hoffer vs. Pulgada*, No. 19-11921 (11th Cir.2019); también, *Linden, Marullo, Bone, Barry y Bell* (2018, pp. 252-253).

¹⁸¹ Las experiencias del médico que había sido el director médico de Rikers Island proporcionan una ilustración detallada de los fracasos de la atención. Véase *Venters* (2019).

¹⁸² Véase, por ejemplo, *Gregg vs. Georgia*, 428 U.S.153, 183-87 (1976) (opinión plural).

¹⁸³ Los académicos debaten, por ejemplo, la importancia de la conjunción *e* en la frase "cruel e inusual", en contraste con cláusulas constitucionales estatales paralelas que tienen la frase "cruel o inusual". Véanse, por ejemplo, *Ryan* (2010. P. 567), *Graucci* (1969, pp. 839-842), *Story* (1833, § 1896).

profesores de Derecho debaten las fuentes apropiadas que informan el significado de las palabras "cruel" e "inusual",¹⁸⁴ la interacción de estas palabras, las líneas de base para valorarlas, la relevancia de la intención y del impacto,¹⁸⁵ y si las restricciones de la Octava Enmienda tienen diferentes efectos en jueces, legisladores y el Poder Ejecutivo.¹⁸⁶ Sin embargo, la jurisprudencia de la pena conlleva respuestas viscerales por parte de los jueces que resultan en la suspensión de ciertos modos de castigo.

Por tanto, una quinta faceta del derecho constitucional de la pena es que no puede colocarse en silos analíticos o integrarse perfectamente mediante un enfoque uniforme, porque los jueces han generado un grupo variopinto de conceptos para justificar cuándo aceptar y cuándo rechazar las prácticas del castigo de otras ramas.¹⁸⁷ Recordemos la aflicción del presidente de la Corte Suprema Warren en 1958 por la desnacionalización, que la Corte consideró poco después de que el fascismo y la Segunda Guerra Mundial hubieran desplazado a millones. Volver a las personas apátridas era inconstitucional porque la Octava Enmienda consagró "nada menos que la dignidad del hombre".¹⁸⁸ El juez Powell expresó una preocupación parecida por el poder destructivo del Estado en su disidencia de 1980, en *Rummel vs. Estelle*, en el que se toleró la imposición por parte de California de una cadena perpetua obligatoria por un tercer hurto cuya suma total fue de 230 dólares. El juez Powell interpretó que la Constitución permitía

¹⁸⁴ Stinneford (2017, p. 441).

¹⁸⁵ Schlanger (2018, pp. 357) y Stinneford (2017, p. 188).

¹⁸⁶ Si bien la Corte Suprema, desde la década de 1960, asumió que la Octava Enmienda se aplica a los funcionarios penitenciarios, el juez Thomas ha argumentado que no lo hace, sino que se limita a las sentencias impuestas. Véanse *Hudson vs. McMillian*, 503 U.S. 1, 17 (1992) (Thomas, J., disidente); *Helling vs. McKinney*, 509 U.S. 25, 40 (1993) (Thomas, J., disidente); Smith (2011), y Greenhouse (2010); sin embargo, el juez Thomas se ha unido en ocasiones a decisiones que toman la aplicación de la Octava Enmienda. Véase *Sandin vs. Conner*, 515 U.S. 472, 487 No. 11 (1995). Otros consideran que la Octava Enmienda se limita principalmente a las penas que los jueces podrían imponer. Véase Amar (2012, pp. 133-134). Lo que es "inusual" también se debate. Una opinión es que un castigo es inusual si se aparta del "uso común de larga data". Véase Stinneford (2008, pp. 1739, 1749-1751). Ese enfoque requiere medir tanto lo que cuenta como un uso común como lo que es una desviación. *Id.* pp. 1778-1817.

¹⁸⁷ Richard Posner llamó a la Octava Enmienda ("como muchas otras en la Carta de Derechos") una "prueba de Rorschach", en la cual los jueces ven "el reflejo de sus propios valores, moldeados por su experiencia personal y su temperamento, así como por la reflexión histórica, la opinión pública y otras fuentes de juicio moral," *Johnson vs. Phelan*, 69 F.3d 144, 151 (7th Cir. 1995) (Posner, J., coincidiendo y discrepando parcialmente). Se opuso a la conclusión de la mayoría de que la Constitución no limitaba la "vigilancia de sexos diferentes" en prisión. *Id.* p. 153.

¹⁸⁸ *Trop vs. Dulles*, 356 U.S. 86, 100 (1958).

a los tribunales considerar la "desproporcionalidad" y los "métodos de castigo bárbaros"; el foco tenía que estar en lo que una persona merecía, y "no simplemente en si el castigo servía a un fin utilitario".¹⁸⁹

En 1989, el juez Scalia también denunció que algunas penas eran intolerables. Aun cuando se consideraba como un partidario del significado original, el juez ilustremente comentó que no podía imaginar que "algún juez federal" —incluidos los que "se consideran originalistas"— ratificara una ley estatal que autorizara el "azote público o la marcación".¹⁹⁰ Y no se refirió a si era permitido dejar a las personas morir de hambre, desnudas o mantenerlas en frío o calor extremo, tal vez porque tales imposiciones parecían evidentemente bárbaras, a pesar de que todas fueron impuestas durante los últimos 70 años.

Sexto, hasta la fecha, lo que es "usual" en virtud de la Octava Enmienda no ha sido central cuando los jueces evalúan las condiciones penitenciarias, pero se ha vuelto relevante para las decisiones sobre demandas procesales del debido proceso en virtud de la Decimocuarta Enmienda. En las últimas décadas, los litigios han documentado un trato terrible en las cárceles de todo el país. A fines de la década de 1960, Arkansas era un caso atípico de azote a las personas. Pero las condiciones de hacinamiento, suciedad y violencia no eran atípicas cuando los jueces las consideraron inconstitucionales.¹⁹¹ Del mismo modo, la reunión de 1976 acerca de la indiferencia deliberada a las necesidades médicas conocidas no se basó en el hallazgo de que la falta de atención médica de Texas era inusual. En términos más generales, declarar ilegal la miseria de las condiciones penitenciarias en docenas de estados requirió que los jueces ignoraran que tal degradación era común en los Estados Unidos.¹⁹² En resumen, ya sean textua-

¹⁸⁹ 445 U.S.263,288 (J. Powell, disidente). Los jueces Brennan, Marshall y Stevens se unieron al juez Powell. *Id.* p. 285. El juez Powell ofreció tres "factores objetivos": la naturaleza del delito, la sentencia impuesta por otras jurisdicciones por el mismo delito y lo que recibieron otros delincuentes dentro de la misma jurisdicción. *Id.* p. 295.

¹⁹⁰ Scalia (1989). En 2013, en una entrevista, el juez Scalia se retractó, véase Senior (2013).

¹⁹¹ Jackson vs. Bishop, 404F.2d 571, 579-81 (8th Cir. 1968); Holt vs. Sarver, 309 F. Supp. 362 (E.D. Ark. 1970), afirmado y reenviado, 442 F.2d 304 (8th Cir. 1971). La Corte Suprema revisó aspectos de este litigio en Hutto vs. Finney, 437 U.S. 678 (1978).

¹⁹² Véase, por ejemplo, Pugh vs. Locke, 406 F. Supp. 318 (M.D. Ala 1976), afirmado en parte, revocado en parte y *sub nom* Newman vs. Alabama, 559 F.2d 283 (5o. Cir. 1977), cert. concedido en parte, sentencia

listas autoproclamados, originalistas o comprometidos con los "estándares de decencia en evolución" y la dignidad humana, los tribunales en ocasiones consideran constitucionalmente intolerables estas condiciones horribles.

Sin embargo, al considerar las reclamaciones procesales por debido proceso, la Corte requiere indagar si los funcionarios penitenciarios están proponiendo someter a las personas a condiciones de prisión atípicas (es decir, inusuales). Empezando a mediados de la década de 1970 y formalizado a mediados de la de 1990, la Corte limitó el acceso a la supervisión judicial de las decisiones correccionales sobre transferencias de prisioneros de un establecimiento a otro, o a la segregación dentro de una instalación. Para presentar un reclamo, el Tribunal exigió a los presos que demostraran que habían sido sometidos a una "dificultad atípica y significativa".¹⁹³ El Tribunal no ha especificado la base a partir de la cual valorar la atipicidad.¹⁹⁴ En la voluminosa jurisprudencia, las líneas de base varían; algunos tribunales inferiores analizan las condiciones en una instalación en particular, las personas detenidas en la población general o los entornos de seguridad más restrictivos que impone una prisión.¹⁹⁵

Séptimo, comprender las decisiones de la Corte acerca de la pena requiere conocer sus fechas. Como refleja mi bosquejo de más de 100 años de derecho, las decisiones de apertura de puertas de las décadas de 1960 y 1970 fueron

juzgada en parte *sub nom.* Alabama vs. Pugh, 438 U.S. 781 (1978); Palmigiano vs. DiPrete, 700 F. Supp. 1180 (D.R.I. 1988); Palmigiano vs. Garrahy, 639 F. Supp. 244 (D.R.I.1986).

Este enfoque ecléctico y amplio para la interpretación constitucional tiene paralelos en otras áreas de la jurisprudencia de la Corte. Por ejemplo, algunos miembros de la Corte Suprema han invocado la Undécima Enmienda para ampliar las protecciones de la inmunidad soberana fuera del texto (que especifica sólo que las cortes federales no escucharán los casos presentados por ciudadanos de un Estado contra otro). En Alden vs. Maine, 527 U.S. 706 (1999), el juez Kennedy escribió que "la inmunidad de los Estados a la demanda no está delimitada solo por el texto de la Enmienda, sino por los postulados fundamentales implícitos en el diseño constitucional", pp. 728-29. Así como varios jueces han ido más allá del texto en el contexto de la Undécima Enmienda, algunos también se acercan a la Octava Enmienda al analizar lo que representa. Aún no está claro si cinco miembros de la Corte actual continuarán haciéndolo. Véase, por ejemplo, Bucklew vs. Precythe, 139 S. Ct. 1112 (2019), discutido *infra*, notas 217-222 y texto adjunto; Brown vs. Plata, 563 U.S. 493, 547 (2011) (Scalia, J., disidente, acompañado por Thomas, J.); carné de identidad en 564 (Alito, J., disidente, acompañado por Roberts, C.J.), discutieron las notas *infra* 203, 205, 211 y el texto adjunto.

¹⁹³ Véanse Sandin vs. Connor, 515 U.S. 472, 484 (1995); Wilkinson vs. Austin, 545 U.S. 209, 223 (2005).

¹⁹⁴ Véase Wilkinson, 545 U.S. en 223.

¹⁹⁵ Véanse Hatch vs. Dist. of Columbia, 184 F.3d 846 (D.C. Cir. 1999); Sealey vs. Giltner, 197 F.3d 578 (2d Cir. 1999).

artefactos de la revolución de los derechos civiles. El Congreso se unió a los jueces al autorizar la adjudicación de honorarios a los abogados de los demandantes exitosos en 1976 y al despachar al Departamento de Justicia en 1980 en la persecución de reclamos en nombre de las personas institucionalizadas cuyos derechos civiles fueron violados por los estados.¹⁹⁶

Las decisiones de cierre de puertas (como *Rhodes vs. Chapman*) se produjeron cuando el país cambió las preocupaciones sobre la raza y la pobreza por una "guerra contra el crimen" y una "guerra contra las drogas".¹⁹⁷ En la década de 1980, más de 30 estados modificaron sus constituciones para proteger los derechos de las víctimas;¹⁹⁸ ninguna agregó disposiciones para proteger a los prisioneros. Una vez más, los enfoques en los tribunales federales y el Congreso fueron paralelos. En la década de 1990, el Congreso proporcionó nuevos fondos para la construcción de prisiones e impuso nuevas cargas a los individuos y a los grupos de prisioneros que buscaban recursos judiciales contra las condenas y las condiciones carcelarias.¹⁹⁹

El derecho constitucional de esa década reflejaba el retroceso. La Corte dio forma a ciertas reglas, algunas condonando el uso de la pena de muerte y otras restringiendo el acceso a los tribunales para discutir acerca de las penas ilegítimas.²⁰⁰ Además, durante esos años, la Corte amplió su deferencia a los funcionarios penitenciarios mediante una variedad de pruebas. Una formulación, discutida anteriormente, es que los prisioneros pueden abogar por el derecho

¹⁹⁶ Ley de concesión de honorarios de abogados de derechos civiles de 1976, 42 U.S.C. § 1988 (2018); Ley de Derechos Civiles de las Personas Institucionalizadas de 1980, Pub. L. No. 96-247, 94 Stat. 349 (codificado como enmendado en secciones dispersas de 42 U.S.C. [2018]).

¹⁹⁷ Los análisis recientes de lo que llevó a Estados Unidos a una gran cantidad actual de personas encarceladas provienen de Alexander (2010), Gottschalk (2015) y Hinton (2016).

¹⁹⁸ Véase Cassell (2009, pp. 611, 614). Otras son críticas de un papel en la sentencia de las víctimas. Véase Henning (2009, p. 1107).

¹⁹⁹ El Congreso destinó casi ocho mil millones de dólares en fondos para las cárceles en 1994. Véase Ley de Control de Delitos Violentos y Aplicación de la Ley de 1994, Pub. L. No. 103-322, § 20109, 108 Stat. 1818. También impuso nuevas limitaciones a personas que impugnan la legalidad de sus condenas o condiciones carcelarias. Véanse Ley Antiterrorista y Pena de Muerte Efectiva de 1996, Pub. L. No. 104-132, 110 Stat. 1214; Ley de Reforma de Litigios Penitenciarios de 1995, Pub. L. No. 104-134, tit. VIII, 110 Stat. 1321, y Schlanger 2015, p. 153).

²⁰⁰ El análisis del retroceso de la Corte proviene de Reinhardt (2015, p. 1219).

al debido proceso de carácter procesal sólo si pueden demostrar que una decisión particular de la prisión impuso una "dificultad atípica y significativa".²⁰¹ Al equiparar lo que era típico en prisión con lo que era constitucional, podría considerarse que la Corte regresó a una versión de su doctrina de "no intervención".

Pero no del todo. La prueba de lo atípico significa que los jueces guardan para sí mismos alguna forma de control, que es la octava faceta de esta integración del derecho constitucional de la pena. Los derechos constitucionales, incluso cuando están restringidos, son importantes. La deferencia hacia los legisladores y a los funcionarios penitenciarios no es absoluta, y el temor a las pendientes resbaladizas no siempre impide la revisión de fondo. Entre 1995 y 2019, la exigente prueba de "dificultades atípicas y significativas" dio como resultado cientos de decisiones federales de los tribunales inferiores que citan esas palabras al valorar la pena impuesta por el gobierno.²⁰² Esta jurisprudencia abre ventanas a las degradaciones impuestas en aislamiento solitario, ya que algunos jueces objetan y muchos otros toleran que las personas vivan en completo aislamiento en espacios pequeños durante años y años. La documentación de las condiciones se ha convertido en parte de la movilización popular y la acción legislativa dirigida a la abolición del aislamiento solitario.

El volumen contemporáneo de casos de tribunales inferiores me lleva a mi punto final: se necesita revisar el lenguaje y los parámetros del derecho constitucional de la pena actual. Los jueces continúan usando marcos proporcionados por Beccaria, Bentham y sus seguidores en penología y criminología. Aunque muchos de sus análisis fueron animados por preocupaciones humanitarias y sociales para los prisioneros,²⁰³ sus términos y preceptos fueron formulados en épocas en que los condenados no tenían poder para impedir que el estado

²⁰¹ *Wilkinson vs. Austin*, 545 U.S. 209 (2005); *Sandin vs. Conner*, 515 U.S. 472 (1995). Véase, en general, Resnik (2019). Un conjunto de leyes, ejemplificado por la decisión de la Corte Suprema, en *Brown vs. Plata*, 563 U.S. 493 (2011), continuó abordando las condiciones de reclusión bajo la Octava Enmienda.

²⁰² Véase Resnik, Amin, Angelis, Hauptman, Kokotailo, Mehta, Silva, Tarantola y Wheeler (en prensa).

²⁰³ Esa frase proviene de la explicación inicial de las Reglas Mínimas de la Liga de Naciones para el tratamiento de prisioneros de 1934. Véase *Penal Administration* (1930).

impusiera alguno de los métodos de castigo elegidos. Debido a que muchas prácticas autorizadas antes de la década de 1960 ahora son ilegales, la descripción de las justificaciones de la pena y las pruebas de legalidad de la pena no están sincronizadas.

Como lo he señalado, la relación del Estado con los criminales acusados y los presos ha cambiado de manera radical. Aunque estén lejos de ser implementados en forma universal, existen deberes afirmativos.²⁰⁴ La medida mínima civilizada para las necesidades de la vida del juez Powell ha llegado a incluir cantidades adecuadas de alimentos, ejercicio, ropa, calor, seguridad y atención médica.²⁰⁵ Y se requiere más que cuidado proteccionista (ser "adecuadamente recluso").²⁰⁶ Esas obligaciones se derivan del reconocimiento de la dignidad de los prisioneros o del análisis de derechos constitucionales distintos a los de la Octava Enmienda.²⁰⁷ Como consecuencia, los funcionarios penitenciarios no pueden prohibir a los prisioneros casarse, practicar su religión, comunicarse con los tribunales o leer y escribir, los funcionarios penitenciarios no pueden segregar por raza o imponer ciertos castigos sin la protección procesal del debido proceso.

²⁰⁴ Véase Gibbons y Katzenbach (2006). Ejemplos recientes incluyen el trato de California a los prisioneros en la primera década del siglo XXI, como se describe en *Brown vs. Plata*, 563 U.S. 493 (2011), y litigios actuales sobre las condiciones impuestas en Alabama. Véase *Braggs vs. Dunn*, 257 F. Supp. 3d 1171 (D. Ala.2017); *Braggs vs. Dunn*, 367 F. Supp. 3d 1340 (D. Ala.2019).

²⁰⁵ Una salvedad es, como se señaló en la nota 16 *supra* y el texto que lo acompaña, el caso de un tribunal del distrito federal en 2016 que concluyó que con base en los intereses penológicos legítimos se emitió un estatuto estatal de muerte civil que prohíbe a las personas condenadas a cadena perpetua casarse para cumplir con la prueba de base racional. Véase *Ferreira vs. Wall*, No. 15-219-ML, 2016 WL 8235110 (D.R.I.26 de octubre de 2016). Esa corte tomó el caso de *Turner vs. Safley*, 482 U.S. 78, 87 (1987), que dejó sin efectos una regulación penitenciaria que prohibía el matrimonio al dejar abierta la legalidad de los estatutos estatales que prohíben el matrimonio para subconjuntos de personas encarceladas. Los casos de asociación y derechos de expresión, así como los de condiciones, pueden leerse como fundados en la libertad y la dignidad. Sobre la base de un análisis de los litigios penitenciarios en California de las últimas dos décadas, Jonathan Simon (2016) ha argumentado que la dignidad se ha convertido en una fuente importante de restricciones constitucionales en el tratamiento de los prisioneros y que la ley estadounidense debería recurrir más a ella.

²⁰⁶ *Laaman vs. Helgemoe*, 437 F. Supp. 269, 306 (D.N.H. 1977). Ese tribunal, al encontrar que "los delincuentes de New Hampshire [fueron] adecuadamente reclusos" consideró inconstitucionales las condiciones que fallaron a la respuesta de "toda persona como ser humano". *Id.* pp. 307, 315-31. Véase discusión *infra* notas 223-234 y el texto adjunto.

²⁰⁷ Véanse *Trop vs. Dulles*, 356 U.S. 86, 100-01 (1958); *Brown vs. Plata*, 563 U.S. 493, 510 (2011); *Tonry* (2018, p. 119), y *Simon* (2016). Otro punto de vista es que el principio de parsimonia debería guiar las aplicaciones del castigo. Véase *Travis, Western y Redburn* (2014).

Esta revolución en los derechos de los prisioneros resulta familiar, dado que tiene sus paralelos en el desarrollo de los derechos de los detenidos, de los niños de la escuela, de los beneficiarios del gobierno y de cualquier persona de a pie. Ya sea que se trate de un estudiante, de un beneficiario social, de una persona que se encuentra con un policía, de un acusado penal o de una persona en prisión, los actores estatales tienen papeles que han sido reestructurados por medio de movimientos sociales que reúnen ayuda legal para ello. Los trabajos del personal correccional, los maestros y administradores públicos, los oficiales de policía y los jueces han sido modificados mediante mandatos de otorgar en la prestación de sus servicios un trato justo y no discriminatorio, de adjudicar o de proteger al cuerpo público y al fisco. Así como los oficiales de policía tienen que entender sus interacciones con los individuos que detienen (que registraron, arrestaron o no) como ejercicios intencionados del poder de gobierno, los actores estatales encargados de la pena, cuando imponen penas deben verse a sí mismos como salvaguardas respetuosos de los derechos de las personas.

6. Ruina

Al reunir los diversos preceptos legales, se revelan los contornos del principio antirruina que debe ser nombrado para reflejar y cambiar las prácticas gubernamentales y las experiencias de las personas. Los estados, en este orden constitucional no pueden aspirar a derribar a una persona o, tomando prestado el término de los historiadores ingleses citados en Timbs, "arruinar" a una persona. Trasladando esta propuesta a las dependencias de la Corte en un lenguaje intencionado, la pena estatal debe conservar (en lugar de disminuir) las capacidades de las personas para funcionar física, mental y socialmente, aun cuando los gobiernos también pueden aspirar a disuadir, incapacitar, retribuir, rehabilitar, proteger la seguridad institucional y minimizar costos.

Uno podría señalar que esta propuesta es una limitación a los diversos propósitos de la pena, así como una meta de la pena. Localizar el principio antirruina en ambos lados de las cuentas indica que los prisioneros, creyendo que la Constitución les habló, transformaron sus ideas y prácticas sobre cómo los gobiernos podían castigarlos. La nueva era del castigo que ellos produjeron ha

generado una compleja relación constitucional entre los gobiernos y las personas cuya autonomía limitan.

Poner en práctica esta proposición es más difícil que plantearla como una obligación. ¿Qué significa antirruina y cómo se relaciona con los argumentos sobre si los estados deberían (o tendrían) que proporcionar rehabilitación? Las preocupaciones sobre lo que estoy llamando ruina (y lo que otros llaman debilitamiento) salieron a la luz en algunas decisiones sobre condiciones institucionales de la década de 1970. Los jueces se sorprendieron no sólo por la inmundicia y la violencia, sino también por la inactividad derivada de la ausencia de oportunidades de educación, recreación y formación profesional.²⁰⁸ Sus decisiones denotaron angustia por la "degeneración" de las personas y pidieron programas para amortiguar el deterioro personal.²⁰⁹ Se pueden encontrar preocupaciones paralelas en casos acerca del encierro involuntario de personas con discapacidad mental; los jueces escribieron sobre el derecho a la "habilitación" como una forma de preservar las habilidades que las personas poseían al ingresar y para protegerse contra el deterioro o la degeneración.²¹⁰

Pero después de que algunos jueces de distrito emitieran órdenes judiciales requiriendo actividades y programas para los presos, los tribunales de apelación se echaron para atrás. Es ilustrativa una declaración del Quinto Circuito de 1977 que señala que cuando un estado "proporciona a sus prisioneros alimentos,

²⁰⁸ En el litigio de la prisión de Arkansas, por ejemplo, el juez principal J. Smith Henley declaró: "[l]a ausencia de un programa afirmativo de capacitación y rehabilitación puede tener un significado constitucional cuando en ausencia de dicho programa existen condiciones y prácticas que militan en realidad contra la reformatión y la rehabilitación". *Holt vs. Sarver* (Holt II), 309 F. Sup. 362, 379 (E.D. Ark. 1970). El juez Frank Johnson, que se pronunció sobre la constitucionalidad de las cárceles de Alabama, escribió que un sistema penitenciario no podría "ser operado de tal manera que impida la capacidad de un recluso para intentar la rehabilitación, o simplemente que evite el deterioro físico, mental o social". *Pugh vs. Locke*, 406 F. Supp. 318, 329 (M.D. Ala. 1976). El juez Hugh Henry Bownes invocó ambas decisiones en su extensa decisión sobre las condiciones de la prisión de New Hampshire, y describió la "[i]nactividad y el aburrimiento" como fuentes de "debilitamiento". *Laaman vs. Helgemoe*, 437 F. Supp. 269, 317 (D.N.H. 1977).

²⁰⁹ Véase *Laaman*, 437, pp. 315-16. El juez Bownes distinguió el "derecho constitucional a la rehabilitación" del derecho a "evitar la degeneración física, mental o social". *Id.* p. 316.

²¹⁰ Véase *Youngberg vs. Romeo*, 457 U.S. 326, 325, 327 (1982) (Blackmun, J., concurrente, acompañado por Brennan & O'Connor, J.J.). Otra formulación fue el "derecho al tratamiento" para los confinados civilmente de manera involuntaria. Ver *Wyatt vs. Stickney*, 325 F. Supp. 781, 784 (M.D. Ala. 1971), afirmado en parte, revocado en parte *sub nom.* *Wyatt vs. Aderholt*, 503 F.2d 1305 (5o. Cir. 1974).

ropa, refugio, saneamiento, atención médica y seguridad personal razonablemente adecuados, para así evitar incurrir en la imposición de castigos crueles e inusuales, eso hace que se terminen sus obligaciones bajo la Octava Enmienda".²¹¹ El tribunal insistió en que la Constitución no obligaba a los estados a proporcionar a los "prisioneros, como individuos o como grupo [...] con todas y cada una de las comodidades que una persona podría pensar que son necesarias para evitar el deterioro mental, físico y emocional".²¹² Aunque prohibir a los gobiernos arruinar a las personas no requiere que se le brinden "todas y cada una de las comodidades", sí implica tomar en serio la tarea de prevenir el "deterioro mental, físico y emocional". Ese mandato es lo que el derecho constitucional de la pena debería entender como su significado.

Sin embargo, la refutación obvia es que la pena de muerte, la cadena perpetua sin derecho a libertad condicional, el aislamiento solitario y el encarcelamiento en sí mismo están en tensión con el principio antirruina. Un vívido ejemplo proviene del mismo periodo en que se decidió *Timbs*. En 2019, al interpretar la Cláusula de Castigos Crueles e Inusuales en *Bucklew vs. Precythe*, una mayoría de cinco jueces permitió el uso de un método de ejecución que era brutalmente doloroso.²¹³ Al igual que en *Timbs*, la opinión de la Corte está llena de historia, pero a diferencia de aquél, los lectores no aprenden nada sobre el riesgo del abuso estatal de los poderes punitivos.²¹⁴ Además, la mayoría se negó a centrarse en el sufrimiento de los penados, como lo hicieron al explicar la Cláusula de Multas Excesivas.²¹⁵ En cambio, la mayoría se afilió a un enfoque histórico que se basó en la época de la fundación con el fin de aprender qué penas

²¹¹ *Newman vs. Alabama*, 559F.2d 283,291(5thCir.1977), afirmado en parte, revocado en parte y reenvío *sub nom. Pugh vs. Locke*, 406 F. Supp. 318 (M.D. Ala. 1976).

²¹² *Newman*, 559 F.2d en 291.

²¹³ *Bucklew vs. Precythe*, 139 S.Ct. 1112 (2019).

²¹⁴ La disidencia del juez Breyer argumentó que la Octava Enmienda no es una "prohibición estática" pero prohíbe "castigos horribles" (así se usen o no en los orígenes) que impliquen "sufrimiento excesivo". *Bucklew vs. Precythe*, 139 S. Ct. 1112, 1136, 1144 (2019) (Breyer, J., disidente).

²¹⁵ La opinión del juez Gorsuch para la Corte describió con inquietante detalle algunos castigos de la época de la fundación; llegó a la conclusión de que "la Octava Enmienda no garantizaba a los prisioneros una muerte sin dolor, algo que, por supuesto, no está garantizado para muchas personas, incluidas la mayoría de las víctimas de crímenes capitales", pero prohíbe las "formas de castigo en desuso (inusuales) que intensifican la condena de muerte con una (cruel) 'superad[ición]' [del] 'terror, dolor o deshonra'". *Bucklew*, 139 S. Ct. a 1124 (citando *Baze vs. Rees*, 553 U.S. 35, 48 (2008)).

eran de uso común.²¹⁶ Esta formulación se puede encontrar en otras decisiones de los miembros actuales de la Corte. Por ejemplo, el juez Thomas ha negado la aplicación de la Enmienda Octava a las cárceles, y él y otros jueces han presentado objeciones en los litigios que buscan alivio colectivo de las condiciones carcelarias (y de otras).²¹⁷

Dado que en *Timbs* todos los jueces estaban de acuerdo en la aplicación de la Cláusula de Multas Excesivas a los estados y en su historia de protección contra el poder devastador del Estado, ¿cómo sostienen los jueces que los gobiernos pueden ejecutar constitucionalmente individuos y, al mismo tiempo, concluir que el propósito de la Cláusula de Multas Excesivas es proteger a las personas (o ciudadanos) de los esfuerzos del Estado por arruinarlos económicamente? Algunos jueces podrían responder a ello señalando que se trata de ser fieles al significado histórico de la Constitución. Además, desde un enfoque propositivo, los jueces podrían ver que la autoridad legislativa para la pena de muerte como una que sirve racionalmente a los fines penológicos de inhabilitación, disuasión y retribución.²¹⁸ Por el contrario, para las personas que han cometido crímenes, pero no son ejecutadas (de acuerdo con mi lectura del derecho), el Estado no tiene ninguna intención de tornarlas disfuncionales ni en sus comunidades (como se señala en *Timbs*) ni en prisión. Por supuesto, si mi punto de vista acerca de la importancia constitucional del derecho de la pena que obliga al Estado a proteger la personalidad jurídica de todas las personas fuera aceptado, ello también haría que la muerte fuera una sanción que estuviera más allá del poder estatal.

El encarcelamiento en general y la cadena perpetua sin derecho a libertad condicional, en particular, plantean dudas sobre su ajuste con el principio antirruina. Existen evidencias sustanciales que documentan los riesgos para la salud del encarcelamiento para las personas que viven y trabajan en las cárceles.²¹⁹ Una

²¹⁶ *Id.* pp. 1112, 1124.

²¹⁷ Véase *Brown vs. Plata*, 563 U.S. 493, 550 (2011) (Scalia, J., disidente, acompañado por Thomas, J.); *id.* en 565 (Alito, J., disidente, acompañado por Roberts C.J.).

²¹⁸ Véase Ellsworth y Ross (1983, p. 116).

²¹⁹ Véase, por ejemplo, Haney (2012). Los hallazgos de mayores tasas de suicidio y enfermedades relacionadas con el estrés para el personal incluyen la obra de Stack y Tsoudis (1997), Cheek y Di Stefano (1983), Cheek (1984) y, en general, Ahalt, Peters, Steward y Williams (2019).

respuesta a este problema es la abolición.²²⁰ Otra es reconstruir lo que implica el encarcelamiento. La fuerza destructiva del encarcelamiento es un objeto de decisiones sobre la estructura de las cárceles. Por contradictorio que parezca, algunas instalaciones se pueden organizar de tal forma que respeten grados de autonomía y asimismo brinden apoyo a las personas, a menudo necesitadas de atención en salud mental y tratamiento por adicciones.²²¹ Son ilustrativos los esfuerzos por hacer la reclusión lo más cercano posible a la vida en comunidad, haciendo que las personas usen su propia ropa, reciban tratamiento asistido con medicación y terapia intensiva, trabajen dentro y fuera de las instalaciones y participen en la vida política de sus comunidades, por ejemplo, a través del voto. Además, cuando las cárceles regularmente brindan acceso a las familias y visitas conyugales (como algunas lo hacen), estar en prisión no sería tan destructivo para la paternidad y otras relaciones ni evitaría la posibilidad de procrear.

Por otro lado, un ejemplo claro de ruina proviene de la amplia documentación de los daños que el profundo aislamiento infringe en los cerebros y cuerpos de las personas, así como en el sufrimiento que implica.²²² Los humanos, como otros animales, dependen de la interacción social, del ritmo circadiano y del espacio físico suficiente para el movimiento y el ejercicio. Disponer la privación de la sociabilidad de las personas, dejándolas en la oscuridad o con luz constante y limitar su entorno a un cubículo deben entenderse –como lo entienden ahora algunos tribunales inferiores– como circunstancias que hacen del aislamiento solitario una forma de castigo inadmisibles.²²³

²²⁰ Véanse McLeod (2019) y Davis (2003).

²²¹ Algunas organizaciones se dedican a estas reformas, por ejemplo, AMEND, «<https://amend.us>» [<https://perma.cc/ZSX6-GC9G>]; Bouffard (2019).

²²² Véase, por ejemplo, Woodfox (2019), Betts (2016), Brinkley-Rubenstein, Josie Sivaraman, Rosen, Cloud, Junker, Proescholdbell, Shanahan y Ranapurwala (2019), Haney (2018, pp. 285, 295) y Allen (2017). Una descripción general de la historia y su uso actual proviene de Shapiro (2019, 542).

²²³ Los daños a la salud han sido parte del fundamento para que algunos jueces sostengan que el aislamiento solitario constituye un castigo cruel e inusual. Véanse Reynolds vs. Arnone *et al.*, No. 3: 13-cv- 1465 (SRU), 2019 WL 4039015 (D. Conn. 2019), apelación presentada, No. 19-2858 (2d. Cir.2019); Porter vs. Clark, 923 F.3d 348 (4to Cir.2019); Reyes vs. Clarke, 2: 19-cv-00035 (W.D.Va.2019).

Este ensayo ha estado centrado en la Corte, tanto por lo reciente del fallo de 2019 como porque los prisioneros lograron solicitar a los jueces revisar lo permisible del castigo. Pero el trabajo de implementar un enfoque antirruina para la pena no ha sido y no debe limitarse o centrarse en los tribunales. Los movimientos que se están llevando a cabo para limitar el uso del encarcelamiento se denominan "derecho sobre crimen" e "inteligencia sobre crimen", y se basan en una combinación de agendas de reformas morales y fiscales a menudo asociadas con políticas conservadoras.²²⁴ En 2010, la American Civil Liberties Union (ACLU), ampliando un esfuerzo de la campaña Stopmax del Comité de Servicio de Amigos Americanos, lanzó la campaña Stop Solitary (detengan el aislamiento) que ha atraído una gran atención.²²⁵ La reforma también ha sido desde adentro, ya que los administradores de las prisiones se unieron a académicos para documentar la utilización del aislamiento y condenar sus excesos. En 2016, la Asociación Correccional Americana (American Correctional Association [ACA]) revisó sus normas penitenciarias de acreditación para limitar el "alojamiento estricto" (el término que cobija varios tipos de aislamiento solitario) para subpoblaciones que incluyen personas menores de 18 años, aquellos que buscan seguridad dada su identidad sexual o de género, o personas con problemas mentales graves.²²⁶ En 2017, el Departamento de Correcciones de Colorado expidió regulaciones que pusieron fin a la colocación de personas en aislamiento durante 15 días o más.²²⁷ En todo el país, otros sistemas penitenciarios están revisando sus políticas con el fin de hacer más difícil el confinamiento solitario de las personas y limitar su grado de aislamiento.²²⁸ Las legislaturas han abordado estas cuestiones; varios estados han promulgado estatutos regulando el aislamiento solitario y se han propuesto varios proyectos de ley.²²⁹

²²⁴ Véase Dagan y Teles (2016).

²²⁵ Véase, por ejemplo, Knoll (s. f.)

²²⁶ La Asociación Correccional Americana hace un llamado para que los prisioneros menores de 18 años no sean colocados en alojamiento estricto, y alienta los exámenes periódicos de salud mental durante los periodos de confinamiento restringido extendido. Am. Correctional Ass'n (2018).

²²⁷ Véase Raemisch (2018).

²²⁸ Ass'n Of State Correctional Admins. y Liman Ctr. For Pub. Int. L. (2018).

²²⁹ Véase, por ejemplo, Isolated Confinement Restriction Act, N.J. Laws A314/S3261 (effective Aug.1, 2020); Liman Ctr. For Pub. Int. L. (2019).

Sin embargo, aunque no supongo que el cambio necesariamente vendrá del Poder Judicial, también creo que parte de lo que ha movido a los tribunales antes está nuevamente presente. Como lo he explicado, el análisis del derecho constitucional de la pena requiere atender a las épocas en que se dictan las decisiones. La posibilidad de que los tribunales reconozcan que el derecho ya ha comenzado a dar sentido a un principio antirruina proviene en parte de su congruencia con otras corrientes contemporáneas. En todo el espectro político, el consenso es que la aplicación del sistema penal es disfuncional. Una amplia gama de reformas está surgiendo dentro y fuera del gobierno. Los presos y sus familias han movilizado el apoyo a los cambios por medio de los tribunales y otros. Las personas que dirigen las cárceles son plenamente conscientes de sus obligaciones legales. Además, los funcionarios penitenciarios ven de cerca la necesidad de las personas en prisión, muchas de las cuales luchan con problemas de salud mental y adicciones, y conocen los desafíos que el trabajo en las cárceles le impone al personal que a menudo está mal equipado. Un indicador de las presiones para el cambio es que el Congreso, a pesar de la discordancia entre sus miembros, promulgó la Ley del Primer Paso (First Step Act). Esa legislación comienza a regular el uso excesivo del encarcelamiento, exige más servicios para las personas encarceladas y ofrece más rutas de salida.²³⁰

Estamos así a mitad de camino. Existe la posibilidad de un compromiso a toda máquina con la proposición de que, en los órdenes democráticos, las prácticas de la pena no pueden aspirar a arruinar a individuos debidamente condenados que, como todos los demás, son individuos titulares de derechos.²³¹ Entonces surgirían una gran cantidad de preguntas acerca de las medidas y los límites del principio antirruina, desde los cambios estructurales demandados hasta si las valoraciones deben ser individualizadas. Evaluar las prácticas del castigo con el parámetro de la antirruina debería convertirse en el trabajo de todas las ramas del gobierno, al igual que repensar el castigo ha sido central

²³⁰ First Step Act of 2018, Pub. L. No. 115-391, 132 Stat. 5194.

²³¹ Un ejemplo de la resistencia a hacerlo es la decisión de 1987, *McCleskey vs. Kemp*, 481U.S. 279 (1987). El juez Powell describió la amplitud de la tarea si las disparidades raciales (e "incluso de género") se tuvieran en cuenta en los análisis de la constitucionalidad del castigo a las personas.

para las personas condenadas y encarceladas que han impulsado el nuevo derecho constitucional sobre castigo.

Fuentes

Ahalt, C., Peters, C. S., Steward, H. y Williams, B. A. (2019), "Transforming prison culture to improve correctional staff wellness and outcomes for adults in custody 'the Oregon way'" *Advancing Corrections J.*, núm. 8, pp. 130-142.

Alexander, M. (2010), *The new Jim Crow: mass incarceration in the age of color-blindness*, Nueva York, New Press.

Am. Correctional Ass'n (2018), *Restrictive housing expected practices*, disponible en: «http://www.aca.org/ACA_Prod_IMIS/ACA_Member/StandardsAccreditation/Standards/Restrictive_Housing_Committee/ACA_Member/Standards_and_Accreditation/Restrictive_Housing_Committee/Restrictive_Housing_Committee.aspx?hkey=458418a3-8c6c-48bb-93e2-b1fcbca482a2» [<https://perma.cc/YBU9-96TQ>]. [Última fecha de consulta: 22 de septiembre de 2020].

Amar, A. R. (2012), *America's unwritten constitution: the precedents and principles we live by*, Nueva York, Basic Books.

Arendt, H. (1951), *Los orígenes del totalitarismo*, Nueva York, Meridian Book, Inc.

Ass'n Of State Correctional Admins. & Liman Ctr. For Pub. Int. L. (2018), *Working to limit restrictive housing: efforts in four jurisdictions to make changes*, disponible en: «https://law.yale.edu/sites/default/files/area/center/liman/document/asca_liman_2018_restrictive_housing_efforts_in_four_jurisdictions_to_make_changes.pdf» [<https://perma.cc/9T2U-BV8D>]. [Última fecha de consulta: 22 de septiembre de 2020].

Bailey, V. (2019), *The rise and fall of the rehabilitative ideal, 1895-1970*, Nueva York, Routledge.

Bates, S. (1948), "One world in penology", *J. Crim. L. & Criminology*, núm. 565, pp. 565-575.

Beccaria, C. (2009), *On crimes and punishments*, 5a., Graeme R. Newman y Pietro Marongiu (trans), New Brunswick, Transaction Publishers.

Bell, M. C. (2018), "Hidden laws of the time of Ferguson", *Harv. L. Rev. F.*, núm. 132, pp. 1-15.

Bentham, J. (2009), *The rationale of punishment*, Amherst, N. Y., Prometheus Books.

Berger, D. (2014), *Captive nation: black prison organizing in the civil rights era*, Chapel Hill, N. C., University of North Carolina Press.

Bernard E. H. (2013), "Beccaria's 'on crimes and punishments': a mirror on the history of the foundations of modern criminal law", *U. Chi. L. Sch.* disponible en: «https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1633&context=law_and_economics» [<https://perma.cc/UE43-GZB5>]. [Última fecha de consulta: 22 de septiembre de 2020].

Betts, D. (2016), "Only once I thought about suicide", *Yale L. J. F.* 222, núm. 125, disponible en «<https://www.yalelawjournal.org/forum/only-once-i-thought-about-suicide>» [<https://perma.cc/H8QJ-3UPJ>]. [Última fecha de consulta: 22 de septiembre de 2020].

Bouffard, K. (2019), "States put norway-style prison reforms to work in the U.S.", *Detroit News*, disponible en: «<https://www.detroit-news.com/story/news/special-reports/2019/10/11/states-put-norway-style-prison-reforms-to-work/1682876001>» [<https://perma.cc/GZ7F-8C36>]. [Última fecha de consulta: 22 de septiembre de 2020].

Brinkley-Rubenstein, L., Sivaraman, J., Rosen, D. L., Cloud, D. H., Junker, G., Proescholdbell, S., Shanahan, M. y Ranapurwala, S. I. (2019), "Association of

restrictive housing during incarceration with mortality after release", *Jama Network Open*, disponible en: «<https://jamanetwork.com/journals/jamanetworkopen/fullarticle/2752350>». [Última fecha de consulta: 22 de septiembre de 2020].

Bronson, J. y Carson, E. A. (2019), *Prisoners in 2017*, Oficina de Estadísticas Oficiales, U. S. Dept. Just., disponible en «<https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/p17.pdf> [<https://perma.cc/PK8J-3YZH>]». [Última fecha de consulta: 22 de septiembre de 2020].

Buskey, B. (2020), "A proposal to stop tinkering with the machinery", *Yale L. J. F.*, núm. 129, pp. 415-429. [Última fecha de consulta: 22 de septiembre de 2020].

Bright, S. B. y Sanneh, S. M. (2013), "Fifty years of defiance and resistance after Gideon v. Wainwright", *Yale L. J.*, núm. 122, pp. 2150-2174. [Última fecha de consulta: 22 de septiembre de 2020].

Cassell, P. G. (2009), "In defense of victim impact statements", *Ohio St. J. Crim. L.*, núm. 6, pp. 611-648.

Cheek, F. E. (1984), *Stress management for correctional officers and their families*, Am. Correctional Ass'n.

_____ y Di Stefano, M. (1983), "The experience of stress for correction officers: a double-bind theory of correctional stress", *J. Crim. Just.*, núm. 11, disponible en: «<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/0047235283900466>» [<https://perma.cc/A94X-AT7H>]. [Última fecha de consulta: 22 de septiembre de 2020].

"Civil death statutes-medieval fiction in a modern world" (1937), *Harv. L. Rev.*, núm, 50, pp. 968-969.

Colgan, B. A. (2017), "Graduating economic sanctions according to ability to pay", *Iowa L. Rev.*, núm. 53, pp. 53-112.

_____ (2018), "The excessive fines clause: challenging the modern day Debtors' Prison", *UCLA L. Rev.*, núm. 65, pp. 2-77.

_____ y M. McLean, N. (2020), "Financial hardship and the excessive fines clause: assessing the severity of property forfeitures after Timbs", *Yale L. J. F.*, núm. 129, pp. 430-449.

Colgate Love, M. (2003), "Starting over with a clean slate: in praise of a forgotten section of the model penal code", *Fordham Urb. L. J.*, núm. 30, pp. 1705-1715.

Craven, J. y Nuzzo, S. (2018), *Changing course: driver's license suspension in florida*, James Madison Inst., disponible en: «https://www.jamesmadison.org/wp-content/uploads/2018/11/Backgrounder_DriverLicense_9.12.18_v02-1.pdf» [<https://perma.cc/8RKA-9CRZ>]. [Última fecha de consulta: 22 de septiembre de 2020].

Dagan, D. y Teles, S. M. (2016), *Prison break: why conservatives turned against mass incarceration*, Nueva York, NY, Oxford University Press.

Dahan Katz, L. (2018), *Response retributivism: defending the duty to punish*, disponible en: «<https://papers.ssrn.com/abstract=3264139>» [<https://perma.cc/UC2F-RKL4>]. [Última fecha de consulta: 22 de septiembre de 2020].

Davis, A. Y. (2003), *Are prisons obsolete?*, Nueva York, Seven Stories Press.

Doherty, F. (2013), "Indeterminate sentencing returns: the invention of supervised release", *N. Y. U. L. Rev.*, núm. 88, pp. 958-1030.

_____ (2016), "Obey all laws and be good: probation and the meaning of recidivism", *Geo. L. J.*, núm. 104, pp. 291-354.

Dolovich, S. (2012), "Forms of deference in prison law", *Fed. Sent'g Rep.*, núm. 24, pp. 245-259.

Duff, R. A. y Garland, D. (eds.) (1994), *A reader on punishment*, Nueva York, Oxford University Press.

Ellsworth, P. C. y Ross, L. (1983), "Public opinion and capital punishment: a close examination of the views of abolitionists and retentionists", *Crime & Delinq.*, núm, 29, pp. 116-169.

Emlyn, S. (1742), *A complete collection of state-trials, and proceedings for high-treason and other crimes and misdemeanors; from the rein of King Richard II to the reign of King George II*, 3a. ed, London, printed by T. Wright and sold by G. Kearsly.

Fassin, D. (2018), *La voluntad de castigar*, Nueva York, Oxford.

Feeley, M. M. y Rubin, E. L. (1998), *Judicial policy making and the modern state: how the courts reformed America's prisons*, Cambridge, UK, New York, Cambridge University Press.

Franklin, B. (1987), *Benjamin Franklin: writings*, Library of America, Nueva York, Library of America.

Frase, R. S. (2008), "Limiting excessive prison sentences under federal and state constitutions", *U. Pa. J. Const. L.*, núm. 11, pp. 63-72

Garland, D. (2001), *The culture of control: crime and social order in contemporary society*, Chicago, University of Chicago Press.

Gertner, N. (en prensa), *Incomplete sentences: gangs, guidelines and judging*.

Gibbons, J. J. y Katzenbach, N. de B. (2006), "Confronting confinement: a report of the commission on safety and abuse in America's prisons", *Washington University Journal of Law & Policy*, pp. 385-562.

Gottschalk, M. (2015), *Caught: the prison state and the lockdown of politics*, Princeton, NJ, Princeton University Press.

Greenhouse, L. (2010), "Clarence Thomas, silent but sure", *N. Y. Times*, Opinion, disponible en: «<https://opinionator.blogs.nytimes.com/2010/03/11/clarence-thomassilent-but-sure>» [<https://perma.cc/VT59-27P3>]. [Última fecha de consulta: 22 de septiembre de 2020].

Graucci, A. F. (1969), "'Nor cruel and unusual punishments inflicted': the original meaning", *Calif. L. Rev.*, núm 57, pp. 839-865.

Haney, C. (2012), "The psychological effects of imprisonment", en Petersilia, Joan y Reitz, Kevin R. (eds.), *The Oxford handbook of sentencing and corrections*, pp. 584-605.

_____ (2018), "Restricting the use of solitary confinement", *Ann. Rev. Criminology*, pp. 285-310.

Harper, F. V. y Rosenthal, A. S. (1950), "What the Supreme Court did not do in the 1949 term-an appraisal of the writ of certiorari", *U. Pa. L. Rev.*, núm. 99, pp. 300-302.

Harris, A. (2016), *A pound of flesh: monetary sanctions as punishment for the poor*, Nueva York, Russell Sage Foundation.

Henning, K. (2009), "What's wrong with victims' rights in juvenile courts?: retributive versus rehabilitative systems of justice", *Calif. L. Rev.*, núm. 91, pp. 1107-1170.

Hinton, E. (2016), *From the war on poverty to the war on crime: the making of mass incarceration in America*, Nueva York, Russell Sage Foundation.

Ives, G. (1914), *A history of penal methods: criminals, witches, lunatics*, Londres, S. Paul.

Jackson, G. L. (1970), *Soledad brother: the prison letters of George Jackson*, Chicago, Lawrence Hill Books.

Kaeble, D. (2018), *Probation and parole in the United States*, 2016, U.S. Dep't Just. 1, Oficina de Estadísticas Oficiales, disponible en: «<https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/ppus16.pdf>» [<https://perma.cc/5Y8D-8SQY>]. [Última fecha de consulta: 22 de septiembre de 2020].

Knoll, A. (s. f.), *The national StopMax campaign conference*, Left Turn, disponible en: «<http://www.leftturn.org/national-stopmax-campaign-conference>» [<https://perma.cc/ST76-P8LV>]; *We Can Stop Solitary*, Am. C.L. Union, «<https://www.aclu.org/issues/prisoners-rights/solitary-confinement/we-can-stop-solitary>» [<https://perma.cc/GZ3M-T8VJ>]. [Última fecha de consulta: 22 de septiembre de 2020].

Kupers, T. A. (2017), *Solitary: the inside story of supermax isolation and how we can abolish it*, Oakland, CA, University of California Press.

Langbein, J. (1976), "The historical origins of the sanction of imprisonment for serious crime", *J. Leg. Studies*, núm. 5, pp. 35-60.

Ley de Concesión de Honorarios de Abogados de Derechos Civiles de 1976, (2018).

Ley de Derechos Civiles de las Personas Institucionalizadas de 1980, (2018).

Liman Ctr. For Pub. Int. L. (2019), *Regulating restrictive housing: state and federal legislation on solitary confinement as of July 1, 2019 a research brief*, disponible en: «https://law.yale.edu/sites/default/files/area/center/liman/document/restrictive_housing_legislation_research_brief.pdf» [<https://perma.cc/6HJL-NLSV>]. [Última fecha de consulta: 22 de septiembre de 2020].

Linden, M., Marullo, S., Bone, C., Barry, D. T. y Bell, K. (2018), "Prisoners as patients: the opioid epidemic, medication-assisted treatment, and the eighth amendment", *Jl, Med. y Ética*, núm. 46, pp. 252-267.

MacCormick, A. H. (1954), "Detrás de los disturbios de la prisión", *Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci.*, núm. 293, pp. 17-27.

Mauer, M. y Chesney-Lind, M. (eds.) (2002), *Invisible punishment: the collateral consequences of mass imprisonment*, Nueva York, New Press.

McLean, N. M. (2013), "Livelihood, ability to pay, and the original meaning of the excessive fines clause", *Hastings Const. L. Q.* núm. 40, pp. 833- 902.

McLennan, R. M. (2008), *The crisis of imprisonment: protest, politics, and the making of the american penal state, 1776-1941*.

McLeod, A. (2019), "Envisioning abolition democracy", *Harv. L. Rev.*, núm. 132, pp. 1613-1649.

Myers, M. L. (1987), "12 Years after James v. Wallace", Aclu Nat'l Prison Project núm. 8-9 (otoño), disponible en «<https://www.prisonlegalnews.org/media/publications/journal%2013.pdf>» [<https://perma.cc/XC8K-DUCC>]. [Última fecha de consulta: 22 de septiembre de 2020].

Morgan, J. (2017), *Caged in: solitary confinement's devastating harm on prisoners with physical disabilities*, ACLU, disponible en: «https://www.aclu.org/sites/default/files/field_document/010916-aclu-solitarydisabilityreport-single.pdf» [<https://perma.cc/7KQ9-ZN57>]. [Última fecha de consulta: 22 de septiembre de 2020].

N. Y. C. B. (2019), *New York should re-examine mandatory court fees imposed on individuals convicted of criminal offenses and violations*, disponible en: «<https://s3.amazonaws.com/documents.nycbar.org/files/2018410-MandatorySurcharges-CriminalCharges.pdf>» [<https://perma.cc/8BHV-FZ8K>]. [Última fecha de consulta: 22 de septiembre de 2020].

O'Donnell, P., Churgin, M. J. y Curtis, D. E. (1974), *Toward a just and effective sentencing system: agenda for legislative reform*, Nueva York; Praeger.

Oshinsky, D. M. (1996), *Worse than slavery: Parchman farm and the ordeal of Jim Crow justice*, Nueva York; Free Press.

Pears, E. (1872), *Prisons and reformatories at home and abroad: the transactions of the international penitentiary congress*, Int'l Penitentiary Congress, disponible en «http://data.decalog.net/enap1/liens/congres/CONGRES_PENIT_1872_VOL1_0001.pdf» [<https://perma.cc/9QN9-WB8Q>]. [Última fecha de consulta: 22 de septiembre de 2020].

Penal Administration (1930), *Report of the Fifth Committee to the Assembly, League of Nations*, Doc. A.64, 1930, IV, disponible en: «<https://yale.app.box.com/file/428394464476>» [<https://perma.cc/P8EC-2RMS>]. [Última fecha de consulta: 22 de septiembre de 2020].

Pollak, S. (1955), "The expatriation act of 1954", *Yale L. J.*, núm. 64, pp. 1164-1200.

Pope, J. G. (2019), "Mass incarceration, convict leasing, and the thirteenth amendment: a revisionist account", *N. Y. U. L. Rev.*, núm. 94, pp. 1465-1554.

"Prisoners' remedies for mistreatment", (1950). *Yale L. J.*, núm. 59 pp. 800-880.

Raemisch, R. (2018), *Why it ended the horror of long-term solitary in colorado's prisons*, Am. C.L. Union, disponible en: «<https://www.aclu.org/blog/prisoners-rights/solitary>». [Última fecha de consulta: 22 de septiembre de 2020].

Reinert, A. A. (2009), "Eighth Amendment gaps: can conditions of confinement litigation benefit from proportionality theory? ", *Fordham Urb. L. J.*, núm. 36, pp. 53-87.

_____ (2016), "Reconceptualizing the Eighth Amendment: slaves, prisoners, and cruel and unusual punishment", *N. C. L. Rev.*, núm. 94, pp. 817-860.

_____ (2012), "Release as remedy for excessive punishment", *Wm. & Mary L. Rev.*, núm. 53, pp. 1575-1638.

Reinhardt, S. R. (2015), "The demise of *habeas corpus* and the rise of qualified immunity: the court's ever increasing limitations on the development and enforcement of constitutional rights and some particularly unfortunate consequences", 113 *Mich. L. Rev.*, núm 113, pp. 1219-1254.

Resnik, J. (2000), "Money matters: judicial market interventions creating subsidies and awarding fees and costs in individual aggregate litigation", *U. Pa. L. Rev.*, núm. 148, pp. 2119-2195.

_____ (2011), "Fairness in numbers: a comment on *AT&T v. Conception*, *Wal-Mart v. Dukes*, and *Turner vs. Rogers*", *Harv. L. Rev.*, núm. 125, pp. 78-170.

_____ (2013), "Equality's frontiers: courts opening and closing", *Yale L.J. Online*, núm. 122, pp. 243-256.

_____ (2019), "Not isolating isolation", en Lobel, Jules y Scharff Smith, Peter (eds.), *Solitary confinement*, Nueva York, Oxford University Press.

_____ (2020), "The puzzles of prisoners and rights: a tribute to judge Frank Johnson", *Ala. L. Rev.*, núm. 71, pp. 665-722.

_____ (en prensa), *Prisoners theorizing punishment: reflections on transnational oppressions and innovations in honor of Norman Dorsen*, *Cardozo L. Rev.*, núm. 41.

_____, Van Cleave, A., Bell, K., Skylar, A., Friedlander, N, Green, I. y Morse, M. (2018), "Who pays? Fines, fees bail, and costs of courts", *Yale Law School, Pub. Interest Law*, disponible en: «<https://papers.ssrn.com/abstract=3165674>» [<https://perma.cc/98Z6-RT5R>]. [Última fecha de consulta: 22 de septiembre de 2020].

_____, Amin, H., Angelis, S., Hauptman, M., Kokotailo, L., Mehta, A., Silva, M., Tarantola, T. y Wheeler, M. (en prensa), "The relationship of typicality to the constitutionality of punishment: the practices of solitary confinement and the analytics of its legality", *N. W. U. L. Rev.*

Resnik, J., Van Cleave, A., Harrington, A., Selbin, J., Foster, L., Weiss, J., Barksdale, F., Eynon, A., Garlock, S. y Phillips, D. (2019), "Ability to pay", *Pub. Interest Law*, disponible en: «<https://papers.ssrn.com/abstract=3387647>» [<https://perma.cc/8VQN-GW9K>]. [Última fecha de consulta: 22 de septiembre de 2020].

Resnik, J. y Marcus, D. (2020), "Inability to pay: court debt circa 2020", *N. C. L. Rev.*, núm. 98, pp. 361-368.

Ripley, G. y Charles A. D. (eds.) (1883), *The American Cyclopaedia: a popular dictionary of general knowledge*, vol. 14, pp. 6-16.

Rotman, E. (1998), "The failure of reform: United States, 1865-1965", en Morris, N. y Rothman, D. J. (eds.), *The Oxford History of prison: the practice of punishment in western society*, pp. 151-165.

Rothman, D. J. y Morris, N. (eds.) (1998), *Oxford history of the prison: the practice of punishment in western society*, Nueva York, Oxford University Press.

Rubin, S., Weihofen, H., Edwards, G. y Rosenzweig, S. (1963), *The law of criminal correction*, St. Paul, MN; West Pub. Co.

Ryan, M. J. (2010), "Does the Eighth Amendment punishments clause prohibit only punishments that are both cruel and unusual?", *Wash. U. L. Rev.*, núm. 87, pp. 567-624.

Sawyer, W. y Wagner, P. (2019), *Mass incarceration: the whole pie 2019*, Prison Pol'y Initiative, disponible en: «<https://www.prisonpolicy.org/reports/pie2019.html>» [<https://perma.cc/PWS8-J2QB>]. [Última fecha de consulta: 22 de septiembre de 2020].

Scalia, A. (1989), "Originalism, the lesser evil", *U. Cinn. L. Rev.*, núm. 57, pp. 849-861.

Schlanger, M. (1999), "Beyond the hero judge: institutional reform litigation as litigation", *Mich. L. Rev.*, núm. 97, pp. 1994-2036.

_____ (2015), "Trends in prisoner litigation as the PLRA enters adulthood", *U. C. Irvine L. Rev.*, núm. 5, pp. 153-179.

_____ (2018), "The constitutional law of incarceration, reconfigured", *Cornell L. Rev.*, núm. 2, pp. 357-436.

Schwoerer, L. G. (1981), *The declaration of rights, 1689*, Baltimore, MD; John Hopkins University Press.

Senior, J. (2013), "In conversation: Antonin Scalia", *N. Y. Mag.*, disponible en: «<https://nymag.com/news/features/antonin-scalia-2013-10>» [<https://perma.cc/G237-4PQJ>]. [Última fecha de consulta: 22 de septiembre de 2020].

Shapiro, D. M. (2019), "Solitary confinement in the young republic", *Harv. L. Rev.*, núm. 133, pp. 544-598.

Simon, J. (2016), *Mass incarceration on trial*, Nueva York, The New Press.

Simonin, A. (2008), *Le déshonneur dans la république: une histoire de l'indignité, 1791-1958*, París, Bernard Grasset.

Smith, C. E. (2011), "Rights behind bars: the distinctive viewpoint of Clarence Thomas", *Detroit Mercy L. Rev.* núm. 88, pp. 667-689.

Stack, S. J. y Tsoudis, O. (1997), "Suicide risk among correctional officers: a logistic regression analysis", *Archives Suicide Res.*, núm. 3, pp. 183-186, disponible en: «<https://link.springer.com/article/10.1023/A:1009677102357>»

[<https://perma.cc/33EH-WTJN>"]. [Última fecha de consulta: 22 de septiembre de 2020].

"Status report: state prisons and the courts" (1987), *Aclu Nat'l Prison Project*, núm. 24 (otoño), disponible en: «<https://www.prisonlegalnews.org/media/publications/journal%2013.pdf>» [<https://perma.cc/XC8K-DUCC>"]. [Última fecha de consulta: 22 de septiembre de 2020].

Steiker, C. S. y Steiker, J. M. (2016), *Corte de la muerte: la corte suprema y la pena de muerte*, Cambridge, MA, Belknap Press of Harvard University Press.

Stinneford, J. F. (2008), "The original meaning of 'unusual': the Eighth Amendment as a bar to cruel innovation", *Nw. U. L. Rev.*, núm. 4, pp. 1739-1825.

_____ (2017), "The original meaning of 'cruel'", *Geo. L. J.*, núm. 105, pp. 441-506.

Stith, K. y Cabranes, J. A. (1998), *Fear of judging: sentencing guidelines in the federal courts*, Chicago, IL; University of Chicago Press.

Story, J. (1833), *Commentaries on the Constitution of the United States*, Boston; Hilliard, Gray, and Company.

Sullivan, E. T. y Frase, R. S. (2009), *Proportionality principles in american law: controlling excessive government actions*, Oxford, Nueva York, Oxford University Press.

Sutherland, A. E. Jr. (1950), "Due process and cruel punishment", *Harv. L. Rev.*, núm. 64, pp. 271-278.

Texas Fair Defense Project & Texas Appleseed (2018), *Driven by debt: how driver's license suspensions for unpaid fines and fees hurt texas families*, disponible en: «<http://stories.texasappleseed.org/driven-by-debt>» [<https://perma.cc/8VLQ-AF5B>]. [Última fecha de consulta: 22 de septiembre de 2020].

Tonry, M. (2018), "Punishment and human dignity: sentencing principles for twenty-first century America", *Crime & Just.*, núm. 47, pp. 119.

_____ (2020), *Is proportionality in punishment possible, and achievable?*, en Michael Tonry (ed.), *Of one-eyed and toothless miscreants: making the punishment fit the crime?*, Nueva York, Oxford University Press.

Travis, J., Western, B. y Redburn, S. (eds.) (2014), *The growth of incarceration in the united states: exploring causes and consequence*, Washington, D. C., The National Academies Press.

Van Der, J. S. (ed.) (1927), *Proceedings of the ix international penitentiary congress held in London, agosto 1925*, Bern, Bureau of the International Prison Commission.

Venters, H. (2019), *Life and death in Rikers Island*, Baltimore, MD; John Hopkins University Press.

Woodfox, A. (2019), *Solitary: unbroken by four decades in solitary confinement: my story of transformation and hope*, Nueva York, Grove Press.

Zeng, Z. (2019), *Jail inmates in 2017*, U.S. Dep't Just. 1, Oficina de Estadísticas Oficiales, disponible en: «<https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/ji17.pdf>» [<https://perma.cc/6DXS-QNM6>]. [Última fecha de consulta: 22 de septiembre de 2020].

Zhen, T. y Greene, B. (2018), *Pay or prey: how the Alameda County criminal justice system extracts wealth from marginalized communities*, E. Bay Community L. Ctr., disponible en: «https://ebclc.org/wp-content/uploads/2018/10/EB-CLC_CrimeJustice_WP_Fnl.pdf» [<https://perma.cc/G75K-3UYW>]. [Última fecha de consulta: 22 de septiembre de 2020].

Agradecimientos

Gracias al *Yale Law Journal* y específicamente a Jordan González y Peter Kallis, por invitarme a unirme a esta colección del Forum. Muchas personas han sido de gran ayuda. La investigación reflexiva, extensa e intensiva proviene de los esfuerzos de Jordan González, Tor Tarantola, Hirsá Amin, Sophie Angelis, Megan Hauptman, Laura Kokotailo, Aseem Mehta, Megha Ram, Madeline Silva, Meredith Wheeler, Annie Wang, Iva Velickovic, Alex Wang, Greg Conyers, Michael Morse, Kevin Bendesky, Esul Burton y Molly Shapiro. Michael Vander Heijden y Julian Aiken proporcionaron hojas de ruta a los documentos de los jueces Stewart y Fortas, alojados en la Biblioteca Sterling de Yale, y de los jueces Marshall, Brennan, Blackmun, White y Douglas, guardados en la Biblioteca del Congreso, y reunieron documentos de los documentos del juez Powell en las universidades de Washington y Lee. La bibliotecaria de derecho de Yale, Lucie Olejnikova, me permitió acceder a los archivos de la Comisión Penal y Penitenciaria Internacional de la ONU; Jason Eiseman hizo todos estos materiales accesibles digitalmente; y Bonnie Posick fue incansable en la coordinación de nuestros esfuerzos y en proporcionar asesoramiento editorial experto.

Los colegas que han trabajado en el Centro Liman de la Facultad de Derecho de Yale me han enseñado mucho sobre las cárceles, incluidos Kristen Bell, Ali Harrington, Hope Metcalf, Sarah Russell y Anna VanCleave, con quienes he colaborado en el mapeo del uso del confinamiento solitario y en la comprensión del impacto de multas y tarifas. John Langbein ha sido un recurso en la historia del castigo, y Brett Dignam ha ofrecido visiones vívidas de las iteraciones contemporáneas de las cárceles. Me he beneficiado de las conversaciones con varios directores de sistemas penitenciarios, incluidos Leann Bertsch, George Camp, Kevin Kempf, Gary Mohr, Collette Peters, Rick Raemisch y A.T. Pared; de abogados de prisioneros, incluidos David Fathi, Amy Fettig y Don Spector, y con profesionales de la salud, como Craig Haney, Jaimie Meyer, Lisa Puglisi, Emily Wang y Brie Williams. Muchos otros colegas me han dado su tiempo. Denny Curtis, Vicki Jackson, Leora Dahan Katz, Nicholas McLean, James Pope, Alex Reinert, Reva Siegel y Gideon Yaffe ofrecieron comentarios

sobre una serie de borradores, y Abbe Gluck, Fiona Doherty, Justin Driver, Nancy Gertner, Miriam Gohara, Rory Little, Daniel Markovits, Margo Schlanger, Kate Stith y Patrick Weil, junto con los participantes en el Taller de la Facultad de Derecho de Yale proporcionaron sugerencias útiles cuando estaba finalizando este ensayo.

Imposición cultural, la búsqueda de denominadores comunes y la "misión comparatista" de las revistas de derecho constitucional*

Cultural imposition, the search for common denominators, and the "comparatist" role of constitutionalist journals

LUCIO PEGORARO**

Resumen

El ensayo abarca temas como el papel de una revista comparatista, la universidad y, en general, la cultura jurídica en el marco de la globalización; destaca la exigencia de buscar denominadores comunes con otras culturas jurídicas, superando la visión eurocéntrica, propia de los constitucionalistas, que toman los derechos humanos como único elemento, y se detiene en algunos problemas epistemológicos, en especial, en el enfoque racionalista para estudiar el derecho.

Palabras clave: Derecho comparado, cultura jurídica, cultura constitucionalista, interculturalismo.

Abstract

The essay covers the theme of the role of a comparative magazine, the university and in general legal culture in the context of globalization. It highlights the requirement to

* Investigación realizada en el marco del PRIN 2017, "From Legal Pluralism to the Intercultural State. Personal Law, Exceptions to General Rules and Imperative Limits in the European Legal Space".

** Profesor afiliado a la Universidad Autónoma de Nuevo León. «luciopegoraro@hotmail.com».

look for common denominators with other legal cultures, overcoming the Eurocentric vision of human rights as the only element, typical of constitutionalists. It also dwells on some epistemological problems, especially the rationalistic approach to study Law.

Keywords: Comparative law, legal culture, constitutional culture and interculturalism.

1. La universidad, la producción científica y el papel de una revista abierta al mundo

Lo que pretendo en estas páginas es establecer las que, en mi opinión, deben ser las coordenadas de una revista jurídica llamada a desempeñar un papel crítico y propositivo, y no sólo de análisis y crítica interna a un sistema, como pasa con la mayoría de publicaciones. Estoy convencido de que el papel de la doctrina científica no es comentar (y criticar) las decisiones de los formantes legislativo y jurisprudencial, sino proponer a los legisladores y jueces las líneas de pensamiento; quiero apoyar la apertura, también, de las revistas constitucionalistas al verdadero derecho comparado: una ciencia que no pocas ni pocos afirman que está al servicio de una función "subversiva".¹

Tomo inspiración de una entrevista que F. J. Díaz Revorio concedió para la revista italiana *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, titulada "Il diritto comparato in Spagna: una scienza senza disciplina accademica (nonostante l'apertura al mondo)" (Díaz Revorio, 2019). En ésta se habla de una estrecha conexión, por supuesto, entre la universidad y la investigación, entre la parte práctica de una disciplina y todas las sedes, en la que se desarrolla la comparación entre estudiosos.

En España y América Latina el derecho comparado es una ciencia mayormente desconocida. Mejor dicho: se conoce de manera rudimentaria, como sinónimo de derecho extranjero y, en todo caso, limitada a áreas homogéneas de derecho occidental (con alguna excepción).²

¹ Véanse Muir Watt (2000, pp. 503 y ss.), Fletcher (1988) y Somma (2019).

² Véase Pegoraro (2014d, pp. 19 y ss.; 2016, pp. 7 y ss.).

Como afirma Díaz Revorio, al debatir acerca de España,

Es verdad que tradicionalmente no han existido asignaturas de Derecho Comparado, ni público ni privado, en los planes de estudio de las Facultades de Derecho españolas. Y resulta difícil establecer los motivos concretos de esta ausencia, más llamativa si nos comparamos con otros países europeos, que en muchos otros aspectos nos han influido. Podría pensarse que ha habido una cierta sensación de aislamiento, de especialidad que nos dificultaba la equiparación con otros ordenamientos europeos. España se consideraba de algún modo "diferente" y se miraba sobre todo a sí misma. Esta sensación, más o menos acusada en distintos momentos de la Edad Contemporánea, desde luego se intensificó durante el período franquista [...] Pero también, para ser honestos, podemos decir que tal vez el panorama desolador caracterizado por la ausencia casi absoluta del Derecho Comparado en nuestros planes de estudio, poco a poco se va mitigando. Sin embargo, quizá la raíz del problema no se corrija hasta que esta disciplina científica no configure en España sus propios parámetros metodológicos, y logre establecerse como rama autónoma de la ciencia jurídica [Díaz Revorio, 2019].

En América Latina la situación no es tan distinta: se publican a menudo excelentes trabajos comparados, aunque centrados en el derecho occidental, pero casi ningún escrito metodológico.³ Muchas revistas se denominan de derecho comparado; sin embargo, los artículos se refieren a un país diferente al de edición, o a principios, normas o instituciones propias y comunes de Occidente o de una área jurídico-cultural de Occidente, escritos con la mentalidad propia del jurista positivo o del teórico iusnaturalista. En varios países se proponen cursos, clases, maestrías, másteres o especialidades en derecho comparado, o que contienen una parte dedicada a éste, sin embargo, en su mayoría son impartidos por juristas de derecho interno o de teoría general. Es decir, no existe una disciplina académica ni una cultura académica de la comparación.

A menudo, los congresos se realizan sobre la base de las relaciones nacionales, así como muchos libros colectivos.⁴ La técnica de las relaciones nacionales, o

³ Véanse, sin embargo, en México, la revista *Isotimia*, núm. 4, de 2011, un monográfico titulado "Estudios sobre metodología del derecho comparado. Homenaje al profesor Lucio Pegoraro", y acerca de la situación de los estudios constitucionales-comparatísticos, los monográficos de la *Rev. gen. der. públ. comp.*, núm. 14, de 2014, y del *Ann. dir. comp. st. leg.* de 2013.

⁴ Acerca del tema, véase Pegoraro (2015, pp. 219 y ss.; 2017b, pp. 317 y ss.; 2018d, pp. 75 y ss.).

de los libros (pseudo-) comparatistas, si bien tiene el mérito de proporcionar nociones comunes útiles, tiene consecuencias prácticas que impactan en los formantes dinámicos, no sólo en el aspecto doctrinal: si la doctrina no produce derecho vinculante directamente, al menos influye en ello.⁵ Si la producción doctrinal (por medio de libros, artículos o congresos) inculca o fomenta la idea de que lo que va bien aquí también vale allí, tal idea podría repercutir en los legisladores y en los jueces, que tendrían la tentación de buscar en el derecho extranjero soluciones improvisadas (en los contextos de decisión o invención) y de crear procesos de justificación de las elecciones (en el contexto de justificación o validación).

En la práctica –destaca Díaz Revorio–,

la relación entre docencia e investigación suele ser muy estrecha, y se produce de forma bidireccional. El profesor transmitirá habitualmente, de forma más intensa, las conclusiones de sus investigaciones a través de su docencia. Y, por otro lado, esta actividad docente, así como las inquietudes de los alumnos, tenderán a reflejarse en nuevas vías de investigación. Esta relación es, en general, claramente positiva. Pero si, como ya he apuntado lo que sucede en España en el caso del Derecho Comparado, falta una disciplina consolidada, respaldada por un área de conocimiento autónoma (que a su vez, con frecuencia, suele tener soporte en una asignatura estable en la mayoría de los planes de estudio de contenido jurídico), es comprensible que los resultados de la investigación en este ámbito sean verdaderamente pobres [Díaz Revorio, 2019].

⁵ En la construcción del derecho, la doctrina contribuye a alimentar los formantes dinámicos, pero en la actualidad, en el mundo occidental, no produce directamente derecho vinculante; sin embargo, no ha sido siempre así ni es así hoy en cualquier sitio. Como es sabido, en el derecho romano, y hasta la Revolución francesa (e incluso más tarde, en Alemania, gracias a la Pandectística y en Andorra hasta 1993), la doctrina también creaba derecho: la manifestación más clara es la Ley de las citas, con la cual en 426 d. C. Teodosio II creó una suerte de *Stufenbau* de las opiniones de los juristas, con el vértice de la jerarquía en Pablo, Ulpiano, Gaio, Modestino y otros, y criterios para resolver las antinomias. El derecho hindú se basa todavía ampliamente (aunque de manera recesiva) en las interpretaciones de los doctos recopiladas entre los siglos XII y XVII en los *Nibandhas*, comentarios del *Manusmṛti*, o Código de Manu [véanse, al menos, Menski (2003), Lingat (1973; 1967; 2003) y Diwan (1993)]. Una síntesis eficaz de las fuentes de ese derecho se encuentra en Amirante (2009, pp. 97 y ss.) y en *Id.* (2012, pp. 216 y ss.; 2013b, pp. 116 y ss.; 2013a, pp. 239 y ss.; 2015; 2019)]. El derecho musulmán, que vincula a 1,300 millones de personas, tiene entre sus fuentes la *ijma*, es decir, la opinión acorde de la comunidad (sunita, no chiita) de los juristas-teólogos, o al menos de los más destacados, con la condición de que esté muy difusa y formulada claramente: al respecto, véanse Losano (2000, pp. 387 y ss.) y, sintéticamente, Oliviero (2012, pp. 120 y ss.).

Ni aquí ni al otro lado del océano la universidad alimenta la curiosidad por el mundo, y la producción científica sigue siendo esclava de unas visiones parroquiales y unidireccionales. A su vez, tales visiones convencerán a la universidad de que el único camino que puede seguir es el de limitar el estudio en áreas restringidas y con un estricto positivismo legista y utilitarista, o basado en una *Grundnorm* metafísica que pretende ser la misma para todos, siempre y en todas partes (separación de poderes y derechos humanos).

2. La vocación mundialista

Como recuerda Berndt Marquardt en su majestuoso tríptico *Historia mundial del Estado*,⁶ "El ser humano ha vivido la mayor parte de su historia sin el Estado. Por lo menos el 99.5 por ciento de la misma", poco menos del 60% está representado por Asia; más de 25 millones de musulmanes viven en Europa, así como un millón de chinos viven en el Viejo Continente y muchos otros en el Nuevo. El Medio y Cercano Oriente, y África, junto con los migrantes, también exportan diferentes culturas, que sobreviven en sus comunidades, al margen de las áreas territoriales y sociales de Occidente.

Los problemas derivados de la comparación están a la vista de todos. La alimentación, el velo, las prácticas religiosas, las relaciones familiares y hereditarias, la igualdad, el papel de la mujer, el secularismo, los derechos del niño, los servicios de salud, la prestación de servicios, la relación con el medio ambiente, la ciudadanía, el voto, la legitimación del poder, etc., se manifiestan de manera diferente y a menudo opuesta.

La política a veces resuelve el conflicto construyendo muros y cerrando puerros. Los valles romanos, y los otros construidos a lo largo de los siglos, desde la Gran Muralla hasta el Muro Atlántico, desde la línea Maginot hasta la línea gótica, todos sobrepasados, parecen no haber enseñado nada. La ciencia jurídica, por su parte, a menudo se cierra en sí misma, proponiendo la única

⁶ Véase la excelente obra, en 3 volúmenes, de Marquardt (2012; 2013; 2014a), además, Marquardt (2011; 2014b; 2014c; 2016).

receta que parece capaz de articular: respeto por la dignidad y los derechos humanos. ¿Dignidad? ¿Derechos humanos? ¿Derechos fundamentales? "When I use a word', Humpty Dumpty said, in rather a scornful tone, 'it means just what I choose it to mean-neither more nor less'. 'The question is', said Alice, 'whether you can make words mean so many different things'. 'The question is', said Humpty Dumpty, 'which is to be master-that's all'" (Carroll, 1993, pp. 24 y ss.).⁷

Dividir el mundo en dos: los que respetan los derechos y la división de poderes y los que no, que se niegan a reconocer la existencia de distintos valores aparte de los occidentales, sin embargo, esto debe implicar conciencia de elección. En las universidades europeas y latinoamericanas, por lo general, estudian a Locke y Montesquieu, o al menos aprenden los conceptos básicos de la división de poderes y los derechos. No obstante, los estudiantes no leen una línea del Corán, los Vedas o Confucio, de éstos no tienen ni una mínima noción. Sus elecciones axiológicas se basan en el conocimiento de nosotros mismos, en comparación con la ignorancia de los demás.

Tanto una revista de derecho comparado como la universidad deben asumir su responsabilidad: la internacionalización no significa enseñar sólo nuestra cultura jurídica, y mucho menos imponerla (mejor dicho: dar por sentado que la nuestra es la única que existe, y no tener en cuenta las demás porque son inferiores). Si queremos entender el mundo, sobre todo el mundo de hoy, sin fronteras, excepto las políticas y físicas erigidas por políticos populistas y soberanistas y las fronteras culturales perpetradas por juristas interesados sólo en su país, o en Occidente, debemos aceptar que las reglas que obligan a las comunidades no son sólo aquellas construidas de acuerdo con nuestros esquemas.

⁷ Vale la pena, entonces, señalar también el pasaje del ensayo de Pasi "Antonin Artaud: impresa anti-grammaticale su Lewis Carroll e contro di lui", en el que Artaud se pregunta "hasta qué punto el escritor tiene derecho a creer que es el 'dueño de la lengua'" (Pasi, 1993, p. 71); véase, también, Belvedere (1997, pp. 85 y ss.).

Hacer derecho comparado en el ámbito constitucional, en la actualidad, no sólo significa saber cuántos senadores tiene cada estado de Estados Unidos, o cuánto tiempo tiene el rey español para formar un gobierno, sino aceptar (¡incluso si es difícil!) que la representación política como se entiende aquí es (casi) totalmente ajena a visiones de política diferentes a las imaginadas por la Ilustración; que la relación entre persona y comunidad se declina en todo momento y lugar con diferentes opciones; que la religión a menudo condiciona y vincula el comportamiento más que cualquier ley secular (como también lo fue en Occidente en un pasado no muy lejano). En resumen, que la palabra *derecho* tiene connotaciones bastante precisas en nuestro ámbito cultural, pero fuera de ello incluye experiencias que Occidente ha expulsado hace mucho tiempo.

En consecuencia, es necesario comparar para encontrar denominadores comunes, sin pretender que sólo los nuestros lo sean (¿dignidad? ¿derechos fundamentales?). Hay otros, además de *liberté*, como *egalité* y *fraternité*, familia, naturaleza y medio ambiente, Tierra, armonía (distante pero también cercana, en sus diversas formas, a racionalidad: *amae*, *ubuntu*, *hexie*, *dharma*, *fanahy maha-olona*, *sumak kawsay*). No es obvio que conceptos considerados asépticos, como derechos fundamentales, derechos humanos, federalismo, división de poderes, hasta democracia, tengan un valor universal, si al menos no están acompañados de un equilibrio con otro modo de entender los fenómenos sociales, por ejemplo, además de los mencionados, deber, moralidad, religión, tribu, perdón, ociosidad, tradición, justicia, deferencia, felicidad, etcétera.

Lo anterior me parece particularmente importante para América Latina, donde el derecho interno estatal debe confrontarse con formas de producción autóctonas –el derecho indígena– que dan tantos problemas y generan tantas interrogantes a constituyentes, legisladores y jueces.

El jurista occidental no parece entender, en toda su gravedad, los cambios que cada vez más afectan a los fenómenos jurídicos. Prefiere, de hecho, continuar usando una dimensión etnocéntrica de los ordenamientos como una práctica puramente euroatlántica. En otras palabras, le preocupa delimitar y especificar en qué consiste el "Occidente jurídico" y

los argumentos con los que Occidente, máximo artífice [de] la ley global, se enfrenta a otras experiencias y tradiciones jurídicas. Son modalidades y argumentos que a menudo parten del supuesto de que solo nosotros tenemos el Derecho, mientras que los demás solo intentan imitarnos o estúpidamente resistirnos [Bussani, 2010, p. XIII].

Entre los comparatistas publicistas y los constitucionalistas, la producción científica orientada a la posición y solución de problemas metodológicos y teóricos es escasa; en los mismos cursos universitarios –de acuerdo con la experiencia–, muy pocos docentes anteponen a la enseñanza de temas sustanciales los soportes metodológicos indispensables que constituyen la misma razón de ser de la comparación jurídica; las exposiciones generales ilustradas, entre los privatistas, por trabajos monumentales, como tratados o manuales de Sacco, Gorla, Ancel, David, Gutteridge, Zweigert y Kötz, Markesinis, Constantinesco, Arminjon, Nolde, Wolff y otros,⁸ y continuadas por generaciones sucesivas,⁹ son ausentes, con raras excepciones¹⁰ en el derecho público y constitucional.¹¹

Cultura constitucional es la cultura jurídica que acepta, vive y venera la superioridad de la Constitución, pero no cualquier Constitución, sino sólo la que aprueba (poco) la división de poderes y, sobre todo, los derechos humanos en sus interpretaciones más radicales, hasta rechazar la democracia, la voluntad popular, el Estado, el propio Estado de derecho, confiando en un poder –el Judicial y del control de la constitucionalidad, estructurado en los siglos pasados para proteger esos valores–, para imponer un "núcleo ético esencial" que dirige esos valores, los limita y a veces incluso los anula.¹²

⁸ Principalmente (pero no de manera exclusiva): Gorla (1981), Ancel (1971; 1978), Gutteridge (1946, p. 34; 1949; 1953), Zweigert (1984a; 1984b; 1998; 1995), Markesinis (2003; 2004), Constantinesco (1971; 1972; 1981; 1987; 1996; 2000); Arminjon, Nolde y Wolff (1950-1952), Agostini (1988), Hording y Örucü (2002), Menski (2006), David, Jauffret-Spinosi y Goré (2004; 2016), Sacco y Rossi (2019).

⁹ Véanse, por ejemplo, en Italia, Gambaro y Sacco (2002), Mattei y Monateri (1997), Ajani (1993; 1996), Mattei y Ariano (2018), Monateri (1997), Guadagni (1996), Ajani, Serafino y Timoteo (2007), Castro (2007) y Somma (2019).

¹⁰ La referencia es a Pizzorusso (1983; 1998).

¹¹ También otras formas de producción literaria (ensayos y artículos en particular) señalan una más asidua presencia de los privatistas, incluso, en la literatura anglosajona se pueden ver, por ejemplo, Reitz (1998, pp. 597 y ss.), Kennedy (2002), Schlesinger (1995, pp. 477 y ss.), van Hoecke y Warrington (1998, pp. 495 y ss.), Örucü (2003, pp. 1 y ss.).

¹² Véase Pegoraro (2018b, II, pp. 1321 y ss.; 2018c, pp. 17 y ss.; 2019, pp. 13 y ss.).

3. Civilistas y constitucionalistas

A diferencia de los civilistas-comparatistas, que desde principios del siglo pasado han podido ampliar el significado de la palabra *derecho*, la mayoría de los constitucionalistas de todos los países se aferran tenazmente a la idea de que el derecho es sólo el occidental, y el resto de la humanidad representa una mera curiosidad antropológica: estudian a los bárbaros asumiendo su propio derecho como marco de referencia; como Leni Riefenstahl, la famosa y capaz fotógrafa del Tercer Reich, quien describió a los grupos étnicos como "inferiores". La academia española refleja este patrón, por no mencionar a la estadounidense, en la que el esfuerzo de comprensión está casi ausente. Pero la italiana no es menos, en muchos de sus elementos, al igual que la francesa, la portuguesa y la alemana.

Una prueba del tipo diferente de curiosidad mental de los constitucionalistas es demostrada por dos volúmenes de Oxford University Press, el primero, de 2006, titulado *The Oxford Handbook of Comparative Law*, dirigido por M. Reimann y R. Zimmermann, afronta los problemas del desarrollo de la ciencia comparada en varios países y se dedica luego a la comparación y el conocimiento, al método funcionalista, a semejanzas y diferencias, a trasplantes y recepciones, al derecho extranjero, a la comparación globalizada, a las relaciones con el derecho consuetudinario, al lenguaje, a la cultura jurídica, a la relación del derecho con la religión, la historia y las ciencias sociales, y termina con el análisis económico del derecho en perspectiva comparada (para centrarse finalmente en los sectores específicos de la comparación, incluido el constitucional). El otro, de 2012, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, coordinado por M. Rosenfeld y A. Sajó, tiene sólo una primera parte acerca de los problemas metodológicos, la historia y los tipos.¹³ De sus ensayos, el primero es de teoría general y no de derecho comparado (Tushnet, 2012, pp. 1228 y ss.);¹⁴ el segundo

¹³ Reimann y Zimmermann (2006) y Rosenfeld y Sajó (2012); las referencias son a las primeras ediciones.

¹⁴ Añado que se centra en problemas sustanciales específicos (legitimación de las constituciones, *judicial review*, etc.), con una actitud apologética del constitucionalismo estadounidense, y las únicas líneas acerca de cuestiones epistemológicas son de la relación entre derecho constitucional comparado y ciencia política (pp. 1228 y ss.).

es de derecho interno estadounidense, y solamente el tercero y el cuarto tienen un corte más típico del comparatista. Las demás 1,160 páginas tratan temas específicos (el federalismo, la estructura del Estado, los derechos, etc.), como un libro homenaje o en memoria.

Quienes han empezado a estudiar en perspectiva comparada son los privatistas, cuyo interés surgió también debido a las exigencias prácticas del comercio. Los publicistas, al contrario, sobre todo los alemanes, fundaron dogmáticas y teorías generales (no comparadas), y los constitucionalistas a menudo sufrieron el universalismo eurocéntrico, el neoiusnaturalismo y se basaron en otras reconstrucciones absolutas, axiológicamente preconfeccionadas (como el neoconstitucionalismo), que tienen poco que ver con la comparación.¹⁵

Hay razones históricas. El derecho comparado como ciencia moderna nace en los siglos XIX y XX, cuando todavía no existía una ciencia (sino sólo pocos cursos) de derecho constitucional, y el derecho público manifestaba intereses comparados muy limitados.

Justamente los privatistas-comparatistas han evocado el problema de la metodología comparatista; ellos, por lo demás, han puesto las bases de las clasificaciones en familias de varios ordenamientos; son los privatistas quienes han prevalentemente estudiado las fuentes del derecho en óptica macro, y aún continúan cultivando –tanto en Francia como en Alemania, Reino Unido o Italia– estudios libres de la subordinación respecto de los derechos nacionales o que no instrumentalizan el conocimiento del derecho originario.

Por esta razón es obligatorio, en el manejo de la comparación iuspublicística, hacer prevalente referencia a las elaboraciones de los comparatistas de matriz civilista, por los menos en los sectores de intereses común: método, fuentes, familias y sistemas, clasificaciones y macrocomparaciones en general. En los estudios de derecho público comparado desarrollados de manera metodológica,

¹⁵ Muir Watt (2000, p. 583) denuncia el eurocentrismo de los estudios comparados (a pesar de su eclecticismo metodológico); véase también Nicolini (2019).

raramente pueden faltar las referencias a la producción científica del derecho privado comparado, si se opera en el ámbito de las problemáticas evocadas.

Es lógico, por todo ello, que los constitucionalistas sufran un hándicap genético y funcional, lo que los induce a tomar como parámetro de evaluación en su investigación el objeto de la misma: las constituciones, tal como son elaboradas con base en el constitucionalismo, clásico o reinterpretado (y distorsionado) por el neoconstitucionalismo.

4. El derecho comparado es algo distinto

Como he escrito, junto a Angelo Rinella, en la "Premisa" de *Sistemas constitucionales* (2018),

El Derecho (como el mundo) se puede observar desde la rejilla de un sótano, la ventana de casa, el balcón de un edificio, la cima de una colina o de una montaña, desde un avión o desde una estación espacial en órbita. Piaget ha escrito páginas imprescindibles sobre la percepción, y al igual que el test de Rorschach, son un buen ejemplo de cómo en la misma mancha se pueden ver cosas distintas. No existe una visión "correcta" y una "errónea". Simplemente, son visiones diferentes, que proporcionan informaciones diversas. Aquella que es "errónea" (científicamente errónea) es la que reclama que la visión que se tiene desde el sótano, o desde la ventana de casa, sea la única "correcta". Ésta es la visión del Derecho comparado que, a menudo, tienen muchos constitucionalistas "domésticos", convencidos de que para conocer el mundo basta aplicar las teorías y categorías aprendidas en casa (o en el sótano), otorgando, a éstas, validez universal.

El guepardo caza solo; el lobo, en manada; las leonas comparten la descendencia; el águila es monógama, no así otros animales; lo mismo sucede con las culturas y las sociedades que crean estructuras jurídicas que implantan en ellas opciones axiológicas específicas (¿poner antes el individuo o la comunidad?) El comparatista –que no vive y acepta solamente una *Grundnorm*, a diferencia del experto de la ley nacional– no podrá afectar el estudio con opciones preconcebidas, determinadas por su educación y su experiencia históricamente condicionadas.

Todos nos hemos ocupado en la vida, y afortunadamente nos ocupamos, de varias cosas. La cultura europea, al menos, nos ha dejado un maravilloso legado, como la capacidad de no especializarnos demasiado, de saber cómo resolver los casos incluso si no hay un precedente, de sentir curiosidad por cosas nuevas y diferentes, de conectar hechos, de contextualizar, incluso, de cambiar de opinión (totalmente contrario a la cultura legal de Estados Unidos, donde hay muy pocas excepciones). Es normal, por tanto, que los constitucionalistas internos se ocupen del derecho extranjero. Todo lo opuesto, de hecho, hoy, inevitablemente, esto sucede cada vez más a menudo, así como es normal que un comparatista escriba de derecho extranjero, o incluso del derecho de su país.

Para Sacco, la gran diferencia es la mentalidad. Giorgio Lombardi (1986, pp. 29 y ss.), a su vez, evocó el "Derecho conocido", es decir, el sistema de origen, a partir del cual comenzaría la comparación.¹⁶ Lo que da por sentado que el jurista nacional siempre conlleva su mentalidad cuando compara. Justo ahí, sin embargo, se encuentra la línea divisoria. Por supuesto, incluso el comparatista es víctima de sus propios criptotipos, de los que lucha por liberarse, pero precisamente la liberación al menos parcial lo distingue del jurista nacional, que, por otro lado, observa la ley desconocida y sigue usando sus categorías como criterio. El jurista nacional ni siquiera sabe de qué habla o, por elección consciente o inconsciente, relega la cultura, la mentalidad, los criptotipos, al ámbito de la irrelevancia jurídica.

Todas las anteriores son cosas bien conocidas, al menos entre aquellos que saben la diferencia entre reconocer la *Grundnorm* y aceptarla¹⁷ y sus repercusio-

¹⁶ Rechaza la condena que se hace al estudio del derecho extranjero porque es "presupuesto necesario" del análisis comparado, al manifestar su escepticismo de la ecuación *derecho extranjero = derecho desconocido, derecho propio=derecho conocido*. Según Lombardi, "conocer el Derecho extranjero (o externo, o 'desconocido todavía') es, por tanto, comparación, porque representa la primera operación mental, esto es, la 'construcción' o 'reconstrucción' de uno de los términos (que pueden ser múltiples, en el tiempo y en el espacio) del cotejo". Ya he respondido que no estoy de acuerdo en absoluto y que incluso la comparación críptica o clandestina que haría que un estudioso de una ley extranjera vaya al fondo de su investigación ni siquiera existiría si él mismo tuviera un profundo conocimiento del sistema investigado (Francia, para un español; Estados Unidos, para un italiano, etc.). De manera paradójica, si los estudiosos de los derechos extranjeros fueran considerados comparadores, como Lombardi señaló, serían sólo aquellos que, al menos al principio, simplemente no los conocen: los únicos que hacen un "esfuerzo comparativo".

¹⁷ Véase Scarpelli (1972; 1982, pp. 418 y ss.).

nes epistemológicas; entre los publicistas de todo el mundo no hay muchas diferencias, mientras que la distinción es fundamental para filósofos, teóricos y comparatistas de todos los países.

El tema que se abarca aquí no es acerca de quién es comparatista y quién no; o si el derecho extranjero es comparación o no. Tampoco se trata de discutir si estudiar derecho extranjero para darlo a conocer en el propio sistema (aquel cuya *Grundnorm* es aceptada) se traduce en una operación comparativa. El enfoque, al revés, es el aspecto práctico y material de la circulación de las concepciones dogmáticas internas en uno de sus aspectos: la transferencia de visiones del derecho (de sus aspectos particulares) al exterior o desde el exterior; sin embargo, los perfiles están conectados, aquellos que están convencidos de que pueden estudiar un derecho externo con sus propias categorías, al escribir un artículo o un libro, probablemente también estarán convencidos de que su derecho, o cualquier otro, puede exportarse, sea cual sea el formante afectado –legislación, jurisprudencia, doctrina–, y viceversa, de poder importar cualquier cosa.

Por tanto, es difícil ser un jurista autóctono y comparatista al mismo tiempo: como escribe Benedicte Fauvarque-Cosson, "it is impossible to be both a comparatist and a good French lawyer" (2006, p. 61), mientras que para Procida Mirabelli, el comparatista es "antagonista de lo dogmático" (1996, p. XXX), y Somma habla de "juristas y comparatistas", tal como Scarpelli (2019) distinguía entre "filósofos y juristas".

Por otro lado, mientras el constitucionalista que hace (o intenta hacer) comparación sufre muchas dificultades, el comparatista que estudia (también) el derecho interno generalmente tiene menos problemas. Comienza desde abajo (observación empírica), llega arriba, y el arriba está representado por clases y modelos que ofrecen diferentes claves de interpretación de la realidad, incluida la del derecho interno, que, por tanto, puede dominar, a diferencia de quien, empezando desde abajo –su propio sistema–, aplica a menudo el silogismo de Woody Allen: a) Sócrates es un hombre, b) todos los hombres son mortales: c) todos los hombres son Sócrates; con una variante, en *La última noche de*

Boris Grushenko (Love and Death): así que todos los hombres son homosexuales. Es decir: a) Occidente (con la variante *mi país*) tiene (o es) el derecho; b) todas las regiones del mundo tienen derecho; c) por tanto, todo derecho es o (debe ser) occidental (o hay que medirlo según las categorías de mi país).

Sin duda, realizar una *actio finium regundorum* de la materia Derecho Público Comparado no es fácil, además, porque se caracteriza por aceptar –de hecho, presuponer– la contribución de otras disciplinas, tanto jurídicas como sociales. A no ser que se decida que ésta es típica solamente del derecho occidental –como más de una persona cree–, el derecho comparado no puede ignorar la contribución de la geografía, la geopolítica, la economía, la sociología, la antropología, la historia de las religiones, la filosofía, la psicología, etc.¹⁸ Por otro lado, además, el derecho occidental está en el centro de la investigación comparativa-publicista, incluso, representa su elemento básico, si no exclusivo. Esto se debe a la colonización que lo ha impuesto en gran parte del mundo, que casi siempre ha incorporado su forma, aunque también, de manera limitada, el contenido.

No sueño con excluir de la categoría de comparatistas a quienes –en el contexto del *tertium comparationis* representado por el constitucionalismo occidental– comparan ordenamientos e instituciones que lo componen. Además, aquellos que eligen como objeto principal de su investigación un sistema específico, o la comparación dentro de un sistema específico como el *common law*, el *civil law*, el *soviet law* o el derecho europeo, no diversamente de aquellos que, fuera de los mismos, estudian el derecho islámico o los sistemas orientales o asiáticos o indígenas, con base, naturalmente, en constituciones, en sentido sustancial, y estructuras de derecho público, aunque a menudo se mezclan con las privadas.

He expresado siempre más dudas acerca de la etiqueta comparatista-publicista por aquellos interesados sólo en un sistema estatal específico (además del suyo, mejor cerca de casa). Su mentalidad es la misma que la de un jurista de derecho interno.

¹⁸ Véase Pegoraro (2012, pp. 295 y ss.; 2014a, pp. 437 y ss.; 2016, pp. 150 y ss.).

Como lo recuerda Sacco, la diferencia entre un estudioso de derecho extranjero y un comparatista es la misma que entre un políglota y un lingüista: "El políglota conoce muchas lenguas, pero no sabe medir las diferencias ni cuantificarlas, cosas que el lingüista sí sabe hacer. Así el comparatista posee un conjunto de nociones y datos de diferentes ordenamientos y sabe hacer una comparación, midiendo los elementos comunes y las divergencias" (Sacco, 1992, p. 17).

Creo que ninguna facultad de idiomas sería llamaría a dar clases a un políglota en un curso de lengua extranjera en lugar de a un lingüista (como mucho, podría ser tutor). Al contrario, esto es lo que sucede en algunos países (como Francia, España, Italia), donde los políglotas del derecho extranjero se dedican –no siempre con resultados satisfactorios, pero con el respaldo de las instituciones universitarias– a la comparación.

La idea recurrente es que les une el objeto (la constitución) más que la función (comparar). Pero eso es absurdo, de ser así, los geólogos, topógrafos y geógrafos deberían estar juntos, porque todos estudian la Tierra, del mismo modo que los astrónomos y los astrólogos, que se ocupan de manera diferente de los astros: sólo hay que pensar en Einstein y el mago Walter Mercado, lo que les diferencia (¡mucho!) es cómo estudian el objeto de su ciencia (si de ciencia se trata) y con qué fines.

5. Problemas epistemológicos: la *fraternité* y la búsqueda de denominadores comunes

"*Le pluralisme et le relativisme: tels sont les premiers enseignements qu'un cours de droit comparé doit dispenser*", nos recuerda Bénédicte Fauvarque-Cosson (2002, p. 308). El relativismo encuentra su dimensión ética en el respeto a las decisiones ajenas, cuya inspiración exige a menudo el auxilio de ciencias distintas de la ciencia jurídica, como es concebida en el derecho occidental, caracterizado por el papel hegemónico de las familias de *common law* y *civil law*.

Esto también plantea problemas epistemológicos. ¿Puede una revista que se propone estrategias culturales, y no sólo recopilación de informes de lo exis-

tente, no preguntarse si es necesario estudiar derecho público comparado sólo con las categorías racionalistas del derecho occidental, o también puede abrirse a formas inusuales de leer el fenómeno jurídico en el mundo actual (pseudo-) integrado?

Debe plantearse la cuestión de si el conocimiento de lo que se estudia (y demuestra) asume lo que Silvia Bagni (2016, p. 10) –evocando a Bobbio y Radbruch– llama "compasión", es decir, el entendimiento no sólo de la técnica del otro, sino también de lo diferente de sí mismo, o si el estudio de sistemas y ordenamientos lejanos de su forma de pensar puede resultar en operaciones asépticas de descripción de realidades ajenas, con la distancia del científico que analiza un insecto, pero también con la conciencia de la superioridad de su punto de vista.

Bagni nos recuerda:

la tesis que apoyo es que la renovación de la ciencia jurídica comparada debe pasar por la inclusión del Amor en la aplicación del método. Para evitar una fácil hilaridad o juicios *a priori* despreciativos, es oportuno recordar cómo el léxico sentimental ha sido básico en la elaboración del constitucionalismo: sería posible incluso empezar citando a la *eudaimonia* aristotélica como finalidad de la actividad política, y luego, centrándose en los orígenes históricos del constitucionalismo, recordar la búsqueda de la felicidad como *unalienable right* en la Declaración de Independencia estadounidense y la fraternidad en la Revolución francesa, hasta llegar al nuevo constitucionalismo latinoamericano, que incluye el *sumak kawsay*, cosmovisión kichwa traducida en castellano por 'buen vivir', como valor, principio y estatuto de derechos en las Constituciones ecuatoriana y, en versiones similares, en otros ordenamientos del constitucionalismo contrahegemónico, como por ej. el *ubuntu* en la jurisprudencia constitucional del Sudáfrica o el *Gross National Happiness* de la Constitución de Bhután.¹⁹ Norberto Bobbio, en *Il futuro della democrazia*, individuaba la tolerancia, la no violencia y la fraternidad como los valores básicos de la democracia, afirmando que la democracia podía devenir un 'hábito mental' sólo si se iluminaba por el espíritu de fraternidad que une a los hombres [Bagni, 2017c].²⁰

¹⁹ Para un análisis del impacto de las investigaciones acerca de la felicidad en las elecciones de política del derecho, véanse Huang (2010, pp. 405 y ss.) y Graziadei y Pasa (2019, pp. 203 y ss.).

²⁰ "¿puede volverse costumbre sin el reconocimiento de la fraternidad que une a todos los hombres en un destino común?" (Bobbio, 2010, p. 38).

El distinguido filósofo y jurista Gustav Radbruch (1961, pp. 81 y ss.) –continúa Bagni– escribía acerca de la ciencia del derecho:

Pero el derecho, mientras toca superficialmente, por así decirlo, la viva alma del hombre, como fuente de importancia secundaria de sus acciones relevantes solo jurídicamente, se aleja de la única cosa necesaria. Es la esencia y el pecado mortal del derecho y de sus representantes, "creer que haya relaciones en las que se pueda interactuar con un hombre sin amor, pero estas relaciones no existen".

Y añade:

Los países latinoamericanos, juntos con otros que igualmente podrían ser incluidos en la familia del constitucionalismo contra-hegemónico, como Buthán, India o Sudáfrica, incluyendo quizás las transiciones realizadas en el Magreb y algunos casos asiáticos, están laboriosamente construyendo una nueva forma de Estado, democrático, social e intercultural. No creo que sea un caso en el que sus instituciones utilicen frecuentemente referencias extranjeras comparadas en la construcción de sus propios ordenamientos jurídicos. Igualmente, no creo que sea por casualidad que sus tradiciones culturales autóctonas estén impregnadas de valores comunitarios y solidarios. La constitucionización de la fraternidad deriva en muchos casos de la recepción del criptotipo cultural indígena que, en sus varias formas (*sumak kawsay*, *ubuntu*, budismo, sólo para hacer algunos ejemplos) incluye el deber de tratar a los otros como hermanos, a los avis y a las futuras generaciones como si estuviesen presentes [Bagni, 2016].

Estos países pasan del multiculturalismo al interculturalismo,²¹ enseñando a Europa y al mundo anglosajón algunas nuevas coordenadas para encontrar denominadores comunes entre distintas culturas.

En particular, Marquardt contrasta la idea de que América Latina represente algo "menos" que Europa, un mero (y malo) receptor de instituciones forjadas en el Viejo Continente, debido al influjo de algunas preconcepciones por parte de la doctrina europea y estadounidense.²² Sin embargo, en el análisis de las

²¹ Véanse Bagni (2017b; 2017d, pp. 111 y ss.) y Pegoraro (2017a, pp. 81 y ss.; 2018a, pp. 175 y ss.).

²² Se detiene en la influencia del primer-tercermundismo hegemónico, habla de "la mirada desdeñosa de las ciencias europeas y norteamericanas hacia América Latina" (Marquardt, 2016, pp. 56 y ss.). Véase también Elliott (1970; 1972).

causas de tal enfoque, individualiza algunas características de Latinoamérica que podríamos utilizar para subrayar ulteriores elementos criptotípicos comunes del área. En el formante doctrinal, aunque no únicamente, "En términos de psicología social, se debe advertir una autoestima relativamente baja que puede denominarse *el victimismo*" (Marquardt, 2016, p. 54).²³

Destacan en estas frases la gran responsabilidad de la doctrina académica constitucionalista y el enlace entre economía, política y academia: la última ofrece soporte, en nombre de los derechos humanos y de la democracia, a operaciones económicas y políticas que tienen objetivos bien distintos.²⁴

Las culturas orientales y del sur del mundo

no comparten la creencia en la naturaleza aislada, atomista y competitiva del ser humano, ni en la naturaleza utilitarista del homo economicus, ni en el modelo social de centrifugación y gravitación, ni en la naturaleza absolutamente racional del hombre, ni en la naturaleza laica del mismo, ni en la naturaleza idéntica de los géneros, ni en las libertades sin virtudes, ni en el enfoque materialista y hedonista de la vida [Marquardt, 2016, p. 39].

América Latina, a diferencia de Asia y África, no rechaza todos los valores (o, si quieren, disvalores) de la cultura occidental; mejor aún, sólo la percepción indígena puede ser parangonada con las culturas africanas o asiáticas, pero por lo demás el sistema se propone como gran elemento de reequilibrio entre culturas tan distintas: el nuevo constitucionalismo latinoamericano aparece entonces también como un mestizaje cultural, que traduce al ámbito jurídico el mestizaje físico que caracteriza a buena parte del continente.

²³ Lomné –citado por Marquardt– señala: "Latinoamérica tiene un déficit de autoestima" (2009, p. 9). Un síntoma del fenómeno denunciado por Marquardt lo he destacado en "Ruolo della dottrina, comparazione e 'legal tourism'" (2015), al debatir y criticar la adoración de la academia latinoamericana a la academia europea y estadounidense, acogida sin una actitud crítica como *argumentum quoad auctoritatem*. Piénsese sólo en las innumerables citas –de la doctrina y la jurisprudencia– de autores como Häberle, Ferrajoli, Dworkin, Zagrebelsky y otros que proponen teorías neoconstitucionalistas, por un lado, o, por otro, las de Kelsen, Bobbio, Guastini, Bökenförde, etc., por parte de quienes se adhieren a las escuelas positivistas y realistas. El relevo es común, véase, por ejemplo, Botero (2012, pp. 319 y ss.), y la crítica del propio Marquardt (2016, p. 47, notas 144 y ss.) a Häberle y a los autores latinoamericanos.

²⁴ Véase Pegoraro (2014b; 2014c).

Todo lo anterior, sin embargo, como bien destaca Marquard, es desconocido no sólo para la ciencia constitucionalista clásica de los Estados Unidos (donde los profesores de derecho constitucional ni siquiera conocen en su mayoría el derecho constitucional europeo, y piensan que el mundo se acaba en Nueva York y Los Ángeles); no únicamente a la academia de Europa, sino también a un sector consistente del constitucionalismo latinoamericano, absorto acríticamente en la contemplación de los modelos estadounidenses o europeos y su universalismo antihistórico, totalizante y uniformizador. Se trata de una doctrina que desde 1530 no ha avanzado un paso, parándose en la cédula de Carlo V evocada por S. Lanni, con la cual se establecía que "los gobernadores, y justicias reconozcan con particular atención la orden, y forma de vivir de los indios, policía, y disposición en los mantenimientos, y avisen a los Vicerreyes, o Audiencias, y guarden a sus buenos usos, y costumbres *en lo que no fueren contra nuestra sagrada religión*" (Lanni, 2016, p. 720) (cursivas añadidas).

La doctrina de los "cultos tolerados" en las constituciones del siglo XIX,²⁵ que ha atravesado los siglos hasta ahora, se ha convertido en una doctrina acrítica de los derechos humanos propuesta por casi todos los *legal tourists* que pretenden universalizar los conocimientos del pueblo donde viven, y también por los receptores pasivos que la aceptan sin plantear el dilema de la diversidad.²⁶

En particular, quiero recordar la enseñanza del continente en relación con la exportación a otros sistemas de las soluciones escogidas acerca de las relaciones entre culturas distintas. América Latina, junto a África austral y algunos países de Asia, parece haber emprendido un camino opuesto y de parcial re-

²⁵ Véanse, por ejemplo, la Constitución de Grecia de 1864: "1. La religión dominante en Grecia es aquella de la Iglesia oriental ortodoxa de Cristo. 2. Las otras religiones son reconocidas y toleradas y la libertad de culto de su ejercicio protegida por la ley, pero el proselitismo está prohibido, como cualquier otro acto contrario a la religión"; la de Portugal de 1826, artículo 6: "La religión católica, apostólica y romana continuará siendo la religión del Reino. Todas las demás religiones serán permitidas a los extranjeros, con su culto doméstico y particular, sin ninguna forma exterior de templo"; el Estatuto Albertino, artículo 1: "La Religión Católica, Apostólica y Romana es la única religión del Estado. Los otros cultos que ahora existen son tolerados de conformidad con las leyes".

²⁶ Por supuesto, uso aquí la expresión *legal tourism* en sentido distinto a Chen Lei (2012, p. 192), quien la emplea como sinónimo de *transposition, borrowing, migration, cross fertilization*.

sistencia a los fenómenos de la globalización. Considerada por siglos como un emblema de homogeneización económica y cultural por parte de Europa y Estados Unidos, experimenta desde hace tiempo soluciones originales, por un lado, redescubriendo y tutelando las antiguas raíces y, por otro, proponiendo estructuras jurídicas no siempre coherentes con los patrones liberal-democráticos alimentados por doctrinas conformistas y poco atentas a la diversidad.

¿Pueden las soluciones acerca del balanceamiento del derecho tradicional y el de derivación estatal, cultura occidental y cultura indígena, armonía e individualismo, individuo, comunidad y naturaleza, elaboradas en América Latina, África y Asia, ser exportadas a lugares y regiones donde se plantean, aunque de manera distinta, problemas análogos de compatibilización?²⁷

En años recientes, en América Latina se intentó no sólo reconocer –en el ámbito jurisprudencial, luego legislativo y constitucional– los derechos individuales y comunitarios de los pueblos indígenas, sino incorporar sus valores (su *Grundnorm*, podríamos decir) en el parámetro constitucional. Si se deja de lado a Estados Unidos, donde el problema se solucionó con el genocidio y la marginalización de los nativos sobrevivientes,²⁸ en Europa el choque se debe no a las reivindicaciones de comunidades preexistentes, sino a la llegada de nuevas comunidades culturales, anómalas respecto de la cultura europea. Pese a la diversidad de presupuestos, a mi parecer, eso no impide aprender de América Latina, África y Asia las soluciones propuestas en busca de un equilibrio distinto entre valores desequilibrados en Occidente, privilegiando el individualismo, en detrimento del comunitarismo y el ecologismo, y privilegiando la libertad de los particulares, en detrimento de la igualdad y la fraternidad, aunque los tres sean considerados paritariamente en el tríptico revolucionario.²⁹

²⁷ Véase Bagni y Diala (2019).

²⁸ Como es sabido, en Canadá la *First Nation* (los indios nativos e inuit) tuvo un tratamiento jurídico distinto al que se practicaba en Estados Unidos. Véanse Todd (2001), Miller (2009) y, en la doctrina italiana, Olivetti (2014a, pp. 151 y ss. y pp. 247 y ss.).

²⁹ Véanse el número especial de la *Rev. gen. der. comp.* (núm. 20, de 2017), dedicado a *liberté, égalité, fraternité*, y, acerca de la comparabilidad de Latinoamérica con Europa, Toniatti (2017, pp. 1445 y ss. y p. 1477).

Se puede confiar en los juristas que estudian estos temas sin presunción y arrogancia, porque, al amarlo,³⁰ soportan culturalmente la circulación de un modelo de constitucionalismo "altruista"³¹ y respetuoso que puede llegar y afirmarse en otros lugares. Junto a Sudáfrica, Madagascar, Namibia, Botswana y Bután, América Latina puede fertilizar el constitucionalismo mundial, retomando valores perdidos de equilibrio entre factores distintos –el individuo, la comunidad, la naturaleza, los derechos y los deberes, la libertad, la igualdad y la fraternidad– propios de muchas culturas autóctonas, pero también del cristianismo, del liberalismo, del socialismo.

Hay algunos reflejos prácticos, también de las políticas editoriales de las revistas constitucionalistas. ¿Cómo puede América Latina continuar confiando no sólo en la literatura científica, sino también en la elaboración de la legislación y la jurisprudencia constitucional, en académicos que son expertos juristas de derecho interno, pero que ignoran o niegan la utilidad de la comparación, o conciben la ciencia comparativa como la ciencia de los colonizadores, monistas, antipluralistas y absolutistas, como Dworking, Tushnet, Tribe, Rosenfeld y otros (muchos italianos, muchos alemanes, que prefiero no nombrar, incluidos los filósofos) que identifican la axiología de los valores morales propios como la Verdad científica? Sacerdotes y monjes que, sin ninguna base demostrable y sólo con la buena fe de la honestidad intelectual y de una gran capacidad científica, venden valores relativos como absolutos, como De Niro en *The Mission*, que precedía con fe y humanidad a la conquista y a la sangre derramada de Cortés y Pizarro, y sirven como excusa para la exportación colonial, no sólo del derecho sino de los derechos, pero, detrás de la economía predatoria, e incluso desgraciadamente a menudo por medio de la guerra, el robo, la explotación del hombre y de los recursos ambientales.

Para definir los límites del derecho comparado moderno (público, privado o general), la *actio finium regundorum* no debe trazarse en las fronteras marcadas por la cultura de un mundo que termina entre Nueva York y Los Ángeles, o entre Cádiz, los Urales y Oslo.

³⁰ Véase Bagni (2016; 2017c; 2017a, pp. 47 y ss.).

³¹ Véase Carducci (2003a; 2003b; 2012b, pp. 319 y ss.; 2012a, pp. 319 y ss.).

En resumen, desde una perspectiva metodológica, debemos preguntarnos si seguimos confiando o no en esas visiones que, en el pasado, calificué como iusonanismo e iusvoyeurismo (Pegoraro, 2015). Defino la primera categoría como la actitud de aquellos que (principalmente de buena fe), rechazando cualquier relación con los demás, usan sus propias jerarquías jurídicas para asignarles valores extraestatales (o universales), sin contextualizarlas; la segunda, como la actitud de quienes (sobre todo de buena fe) observan sin crítica (y acogen, interiorizan) las categorías jurídicas de los demás, para asignarles incluso valores internos, sin contextualizarlas.

Ahora, en mi opinión, ha llegado el momento de elegir una línea política. Obviamente, política cultural, dando prioridad a la selección del material (sin excluir otras cosas), tanto a los temas como a los métodos propios de una ciencia que cae en su tiempo, y que debe abordar el pluralismo y la necesidad de tener intercultural, en lugar de la colonización cultural, reequilibrar los problemas abordados y favorecer el método comparativo sobre el dogmático.

Una revista constitucionalista moderna, en conclusión, también debe contribuir en el futuro para ser un impulso que oriente la investigación y forje mentalidades, quitando terreno a quienes, pensando en ser comparatistas, consideran cuestiones inusuales y extrañas aquellas que no se refieren a la ley austriaca, británica o estadounidense, y piensan que su pueblo es el mundo entero, como dice Mary Shelley en *Frankenstein* (1818, 2002). De esta manera, glosando el *Ius civile in artem redigere* de Cicerón, extraer del *convulsum ac dissipatum* ese orden material y metodológico (*ars*) que hasta ahora, incluso en la academia española y latinoamericana, no siempre ha conseguido afirmarse.

Fuentes

Agostini, E. (1988), *Droit comparé*, París, PUF.

Ajani, G. (1993), *Fonti e modelli nel diritto dell'Europa orientale*, Trento, Un. Di Trento-Dip. Di scienze giuridiche.

_____ (1996), *Il modello post-socialista*, 2a. ed., Turín, Giappichelli.

_____, Serafino, A. y Timoteo, M. (2007), *Diritto dell'Asia orientale*, Turín, UTET.

Amirante, D. (2009), "Diritto indù e diritto indiano", en Pegoraro, L. (ed.), *Glossario di diritto pubblico comparato*, Roma, Carocci.

_____ (2012), "Derecho hindú y Derecho indio", en Pegoraro, L. (ed.), *Glosario de derecho público comparado* (al cuidado de E. Ferrer Mac-Gregor, M. Nuñez, C. Astudillo, G. Enríquez Fuentes, P. Torres Estrada), México, Porrúa.

_____ (2013a), "Il caleidoscopio del diritto indiano: percorsi di comparazione", en *Ann. dir. comp. st. legisl.*

_____ (2013b), "Il caleidoscopio del diritto indiano: percorsi di comparazione", en *Rev. gen. der. públ. comp.*, núm. 14.

_____ (2015), *Lo Stato multiculturale. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell'Unione indiana*, Bolonia, BUP.

_____ (2019), *La democrazia dei superlativi. Il sistema costituzionale dell'India contemporanea*, Nápoles, Esi.

Ancel, M. (1971), *Utilité et méthodes du droit comparé. Éléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Neuchâtel, Ides et Calendes.

_____ (1978), *Utilità e metodi del diritto comparato: elementi d'introduzione generale allo studio comparato dei diritti*, Nápoles, Jovene.

Arminjon, P., Nolde, B. y Wolff, M. (1950-1952), *Traité de droit comparé*, 3 vols., París, LGDJ.

Bagni, S. (2016), "All you need [to compare] is love", en *Id.* (ed.), *El constitucionalismo por encima de la crisis. Propuestas para el cambio en un mundo (des) integrado*, Bolonia, Filodiritto.

_____ (2017a), "*Comparative law and... love: contro la globalizzazione del diritto, per la globalizzazione del giurista*", en *An. dir. comp. st. leg.*

_____ (2017b), "Estudio introductorio sobre el deslinde conceptual del estado intercultural", en *Id.* (ed.), *Lo Stato interculturale: una nuova eutopia? The intercultural state: a new eutopia? El Estado intercultural: ¿una nueva eutopía?*, Bolonia, Dipartimento di Scienze giuridiche, disponible en «<https://amsacta.unibo.it>». DOI: «<http://doi.org/10.6092/unibo/amsacta/5488>».

_____ (2017c), "Fraternidad como principio epistemológico del derecho constitucional interno y comparado", en *Rev. Gen. Der. Públ. Comp.*, núm. 20.

_____ (2017d), "Lo Stato interculturale: primi tentativi di costruzione prescrittiva della categoria", en Bagni, S., Figueroa Mejía, G. y Pavani, G. (eds.), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, 3 vols., México, Tirant lo Blanch-México.

Bagni, S. y Diala, A. C. (eds.) (2019), "The role of customary law in the shaping of new models of pluralistic states/El papel del derecho tradicional en la elaboración de nuevos modelos de estados pluralistas", en *Rev. gen. der. públ. comp.*, núm. 26.

Belvedere, A. (1997), "I poteri semiotici del legislatore (Alice e l'art. 12 preleggi)", en Gianformaggio, L. y Jori, M. (eds.), *Scritti per Uberto ScarPELLI*, Milán, Giuffrè.

Bobbio, N. (2010), *Il futuro della democrazia*, Milán, RCS.

Botero, B. A. (2012), "La interpretación constitucional en América Latina. Una denuncia del colonialismo cultural en la dogmática constitucional contemporánea", en F. R. Barbosa Delgado (ed.), *Historia del derecho público en Colombia*, Bogotá, Un. Externado.

Bussani, M. (2010), *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Turín, Einaudi.

Carducci, M. (2003a), *A aquisição problemática do constitucionalismo ibero-americano*, Passo Fundo, UPF.

_____ (2003b), *Por um Direito Constitucional Altruísta*, Porto Alegre, Livraria do advogado.

_____ (2012a), "Epistemologia del Sud e costituzionalismo dell'alterità", en *Dir. pubbl. comp. eur.*, núm. 2.

_____ (2012b), "Il 'nuevo constitucionalismo' andino tra alterità indigenista e ideología ecologista", en *Dir. pubbl. comp. eur.*, núm. 2.

Carroll, L. (1993), *Attraverso lo specchio*, en C. Pasi (ed.), *Humpty Dumpty di Lewis Carrol nella traduzione di Antonin Artaud*, Turín, Einaudi.

Castro, F. (2007), *Il modello islamico*, Turín, Giappichelli.

Constantinesco, L.-J., (1971), *Einführung in die Rechtsvergleichung*, I, *Rechtsvergleichung*, Köln, Heymanns.

_____ (1972), *Die rechtsvergleichende Methode*, II, *Rechtsvergleichung*, Köln, Heymanns.

_____ (1981), *Introducción al Derecho comparado*, en *Tratado de Derecho comparado* I, Madrid, Tecnos.

_____ (1987), *El método comparativo*, en *Tratado de Derecho Comparado*, vol. II, Valparaíso, Un. de Valparaíso.

_____ (1996), *Introduzione al diritto comparato*, Turín, Giappichelli.

_____ (2000), *Il metodo comparativo*, Turín, Giappichelli.

David, R. y Jauffret-Spinosi, C. (2004), *I grandi sistemi giuridici*, trad. italiana de la 5a. ed., coordinada por R. Sacco, Padua, CEDAM.

_____ y Goré, M. (2016), *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12a. ed., París, Dalloz.

Díaz Revorio, F. J. (2019), "Il diritto comparato in Spagna: una scienza senza disciplina accademica (nonostante l'apertura al mondo)", en *Dir. pubbl. comp. eur.*, núm. 2.

Diwan, P. (1993), *Modern Hindu Law*, 9a. ed., Allahabad, Allahabad Law Agency.

Elliott, J. H. (1970), *The Old World and the New 1492-1650*, Cambridge, Cambridge U. P.

_____ (1972), *El Viejo Mundo y el Nuevo*, Madrid, Alianza.

Fauvarque-Cosson, B. (2002), "L'enseignement du droit comparé", en *Rev. int. dr. comp.*, núm. 2.

_____ (2006), "Development of comparative law in France", en Reimann, M. y Zimmermann, R. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Nueva York, Oxford U. P.

Fletcher, G. P. (1988), "Comparative law as a subversive discipline", en *Am. journ. comp. law*, 4.

Gambaro, A. y Sacco, R. (2002), *Sistemi giuridici comparati*, 2a. ed., Turín, UTET.

Gorla, G. (1981), *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milán, Giuffrè.

Graziadei, M. y Pasa, B. (2019), "Happiness once more", en *Journ. Comp. law*, núm. 14 (2).

Guadagni, M. (1996), *Il modello pluralista*, Turín, Giappichelli.

Gutteridge, H. C. (1946), *Comparative law: an introduction to the comparative method of legal study and research*, 2a. ed. Cambridge, Cambridge U. P.

_____ (1953), *Le droit comparé. Introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit*, París, LGDJ.

Harding, A. y Örüçü, E. (eds.) (2002), *Comparative law in the 21st Century*, Londres, Kluwer Academic Publishers.

Huang, P. H. (2010), "Happiness studies and legal policy", en *Annual rev. of law and soc. sc.*, núm. 6.

Kennedy, D. (2002), "The Politics and Methods of Comparative Law", en Le-grand, P., Munday, R. (eds.), *Comparative legal studies: traditions and transitions*, Cambridge, Cambridge U. P.

Lanni, S. (2016), "Sistema giuridico latinoamericano", en *Dig. priv., Sez. civ., Agg.*, Turín, UTET.

Lei, C. (2012), "Contextualizing legal transplant: China and Hong Kong", en Monateri, P. G. (ed.), *Methods of comparative law: an intellectual overview*, Cheltenham-Northampton, Elgar.

Lingat, R. (1967), *Les sources du droit dans le système traditionnel de l'Inde*, La Haya, Mouton & Co.

_____ (1973), *The Classical Law of India*, Berkeley, Un. of California Press.

_____ (2003), *La tradizione giuridica dell'India*, Milán, Giuffrè.

Lombardi, G. (1986), *Premesse al corso di diritto pubblico comparato*, Milán, Giuffrè.

Lomné, G. (2009), "Latinoamérica tiene un déficit de autoestima", entrevista de F. Tafur en *UN Periódico*, núm 129, Bogotá, Unal.

Losano, M. G. (2000), *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Bari, Laterza.

Markesinis, B. (2003), *Comparative law in the courtroom and classroom: the story of the last thirty-five years*, Oregon, Hart Publ.

_____ (2004), *Il metodo della comparazione. Il retaggio del passato e le sfide del futuro*, Milán, Giuffrè.

Marquardt, B. (2011), *Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina (1810-2010)*, *Historia constitucional comparada*, 2 vols., I, *Metodología y 1810-1880*, y II, *1880-2010*, Un. Nacional de Colombia-Inst. Unidad de Investigaciones Jur.-Soc. G. Molina, Bogotá.

_____ (2012), *Sociedades preestatales y reinos dinásticos*, vol. I de *Id.*, *Historia mundial del Estado*, Bogotá, Temis.

_____ (2013), *El Estado judicial de la paz interna en Europa (siglos XVI-XVIII)*, vol. II de *Id.*, *Historia mundial del Estado*, Bogotá, Temis.

_____ (2014a), *El Estado de la modernidad temprana en Asia, África y las Américas*, vol. III de *Id.*, *Historia mundial del Estado*, Bogotá, Temis.

_____ (2014b), *Historia del Estado moderno en Asia y África del Norte (1500-2014)*, Un. Nacional de Colombia, Bogotá, 2014.

_____ (2014c), *Historia mundial del Estado. El Estado de la doble revolución ilustrada e industrial (1776-2014)*, Bogotá, Ecoe.

_____ (2016), *Historia constitucional comparada de Iberoamérica. Las seis fases desde la Revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, Bogotá, Ibáñez.

Mattei, U. y Ariano, E. (2018), *Il modello di common law*, 5a. ed., Turín, Giappichelli.

Mattei, U. y Monateri, P. G. (1997), *Introduzione breve al diritto comparato*, Padua, CEDAM.

Menski, W. F. (2003), *Hindu law: beyond tradition and modernity*, Nueva Delhi, Oxford U. P.

_____ (2006), *Comparative law in a global context*, 2a. ed., Cambridge, Cambridge U. P.

Miller, J. R. (2009), *Compact, contract, covenant: aboriginal treaty-making power in Canada*, Toronto, Toronto U. P.

Monateri, P. G. (1997), *Il modello di civil law*, Turín, Giappichelli.

Muir Watt, H. (2000), "La fonction subversive du droit comparé", en *Rev. int. dr. comp.*, núm. 3.

_____ (2006), "Globalization and Comparative Law", en Reimann, M. y Zimmermann, R. (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Nueva York, Oxford U. P.

Nicolini, M. (2019), "Methodologies of comparative constitutional law: universalist approach", en Masterman, R. y Schütze, R. (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*, Cambridge U. P.

Olivetti Rason, N. (2014a), "Il patrimonio multiculturale dei canadesi", en *Id.*, *Scritti 2005-2012*, Padua, Cleup.

_____ (2014b), "*Remarks on the Idea of 'Aboriginal Peoples of Canada'*", en *Id.*, *Scritti 2005-2012*, Padua, Cleup.

Oliviero, M. (2012), "Derecho islámico", en Pegoraro, L. (ed.), *Glosario de Derecho público comparado* (al cuidado de E. Ferrer Mac-Gregor, M. Nuñez, C. Astudillo, G. Enríquez Fuentes, P. Torres Estrada), México, Porrúa.

Örücü, E. (2003), "Unde venit, quod tendit comparative law", en Harding, A. y Örücü, E. (eds.), *Comparative law in the 21st century*, La Haya, Kluwer.

Pasi, C. (1993), "Antonin Artaud: impresa anti-grammaticale su Lewis Carroll e contro di lui", en *Id.*, *Humpty Dumpty di Lewis Carroll nella traduzione di Antonin Artaud*, Turín, Einaudi.

Pegoraro, L. (2012), "Comparación jurídica y uso 'externo' de las otras ciencias", en L. Moccia *et al.* (eds.), *Estudios de derecho civil, derecho comparado, derecho híbrido, derechos humanos, ciencia política*, Lima/Bogotá/Panamá, UPICA.

_____ (2014a), "Comparación jurídica y uso 'externo' de las otras ciencias", en *Rev. jur. Avances*, núm. 7.

_____ (2014b), "Costituzioni e democrazia: definizioni e classificazioni nel costituzionalismo contemporaneo", en *Rass. parl.* (abril-junio).

_____ (2014c), "Costituzioni e democrazia: definizioni e classificazioni nel costituzionalismo contemporaneo", en *Rev. latino-am. est. const.*, núm 16.

_____ (2014d), *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bologna, BUP.

_____ (2015), "Ruolo della dottrina, comparazione e 'legal tourism'", en *Diálogos de Saberes. Investigaciones en derecho y ciencias sociales*, núm. 43, julio-diciembre.

_____ (2016), *Derecho constitucional comparado I. La ciencia y el método*, Buenos Aires, Astrea, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

_____ (2017a), "América Latina como categoría y objeto de comparación (coordinadas metodológicas para el estudio comparado de los sistemas jurídicos latinoamericanos)", en *Pensamiento const.*, núm. 22.

_____ (2017b), "Ruolo della dottrina, comparazione e 'legal tourism'", en *Studi in onore di Antonio Gambaro*, 2 vols., Milán, Giuffrè.

_____ (2018a), "América Latina como categoría y objeto de comparación (coordinadas metodológicas para el estudio comparado de los sistemas jurídicos latinoamericanos)", en *Dir. pubbl. comp. eur.*, núm. 1.

_____ (2018b), "Constitucionalización del derecho y cultura constitucional", en Blume Fortini, E. (ed.), *XII Congreso nacional de Derecho constitucional. En homenaje a Sigifredo Orbegoso Vanegas y Victor Julio Ortecho Villenas. Desafíos del constitucionalismo peruano a los 25 años de la Constitución de 1993*, 2 vols., Trujillo, UPAO.

_____ (2018c), "Constitucionalización del derecho y cultura constitucional", en *Rev. Dominicana de Der. Const.*, núm. 1.

_____ (2018d), "Ruolo della dottrina, comparazione e 'legal tourism'", en *Cuad. del Inst. de Der. Comp.*, núm. 1.

_____ (2019), "Constitucionalización del derecho y cultura constitucional", en *Rev. Der. pol.*, núm. 104.

Pegoraro, L. y Rinella, A. (2017), *Sistemi costituzionali comparati*, Turín, Giappichelli.

_____ (2018) *Sistemas constitucionales*, en *Id.* (eds.), *Derecho constitucional comparado*, 2 vols., Buenos Aires, Astrea.

_____ (2020), *Sistemi costituzionali*, Turín, Giappichelli.

_____ (en prensa), *Sistemas constitucionais comparados*, Buenos Aires/Bogotá/Porto Alegre, Astrea.

Pizzorusso, A. (1983), *Corso di diritto comparato*, Milán, Giuffrè.

_____ (1998), *Sistemi giuridici comparati*, 2a. ed., Milán, Giuffrè.

Procida Mirabelli di Lauro, A. (1996), "Prefazione" a L.-J. Constantinesco, *Introduzione al diritto comparato* (trad. it. del libro de L.-J. Constantinesco, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, I, *Rechtsvergleichung*, Köln, Heymanns, 1971), Turín, Giappichelli.

Radbruch, G. (1958), *Introduzione alla scienza del diritto*, Turín, Giappichelli.

_____ (1961), *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Stuttgart, Koehler.

Reimann, M. y Zimmermann, R. (eds.) (2006), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Nueva York, Oxford U. P.

Reitz, J. C. (1998), "How to do Comparative Law", en *Am. journ. comp. law*, núm. 46.

Rosenfeld, M. y Sajo, A. (eds.) (2012), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford U. P.

Sacco, R. (1992), *Introduzione al diritto comparato*, Turín, UTET.

_____ (2002), "L'enseignement du droit compare", en *Rev. int. dr. comp.*, núm. 2.

_____ y Rossi, P. (2019), *Introduzione al diritto comparato*, 7a. ed., Turín, UTET.

Scarpelli, U. (1972), "Metodo giuridico", en *Enc. Feltrinelli Fisher, Diritto 2*, al cuidado de G. Crifò, Milán, Feltrinelli.

_____ (1982), "Metodo giuridico" en *Id. Letica senza verità*, Bolonia, il Mulino.

Schlesinger, R. B. (1995), "The past and future of comparative law", en *Am. journ. comp. law*, núm. 43.

Shelley, M. (2002), *Frankenstein*, Milán, Mondadori.

Somma, A. (2019), *Introduzione al diritto comparato*, 2a. ed., Turín, Giappichelli.

Todd, R. (2001), *Aboriginal people and other Canadians*, Ottawa, Un. of Ottawa Press.

Toniatti, R. (2017), "Il paradigma costituzionale dell'inclusione della diversità culturale in Europa e in America latina: premesse per una ricerca comparata sui rispettivi modelli", en Bagni, S., Figueroa Mejía, G. A. y Pavani, G. (eds.), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, 3 vols., México, Tirant lo Blanch-México.

Tushnet, M. (2012), *Comparative Constitutional Law*, en Rosenfeld, M. y Sajo, A. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford U. P.

Van Hoecke, M. y Warrington, M. (1998), "Legal cultures and legal paradigms: towards a new model of comparative law", en *Int. and comp. law quart.*, núm. 47.

Zweigert, K. y Kötz, H. (1984a), *Einführung in die Rechtsvergleichung. Band 1: Grundlagen*, Tubinga, Mohr Siebeck.

_____ (1984b), *Einführung in die Rechtsvergleichung*. Band 2: *Institutionen*, Tübinga, Mohr Siebeck.

_____ (1995), *Introduzione al diritto comparato*, vol. II: *Istituti*, Milán, Giuffrè.

_____ (1998), *Introduzione al diritto comparato*, vol. I: *Principi fondamentali*, Milán, Giuffrè.

Revistas citadas

Ann. dir. comp. st. leg. (2013).

Dir. pubbl. comp. eur. (2019), núm. 2.

Isotimia (2011), núm. 4, monográfico, titulado "Estudios sobre metodología del Derecho Comparado. Homenaje al profesor Lucio Pegoraro".

Rev. gen. der. públ. comp. (2014), núm. 14.

TRAYECTORIAS CONSTITUCIONALES

Algunas consideraciones de principio sobre la independencia judicial en el derecho de la Unión Europea

Some baseline considerations on judicial independence in European Union law

JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS*

Resumen

El principio de independencia judicial es inherente al ejercicio de la jurisdicción y no admite excepciones ni matices. Ello explica que la constitución de la Unión Europea como un Estado de derecho se erija sobre la base de la independencia de los tribunales nacionales, de los que depende en primera instancia la garantía del derecho europeo, y que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sea especialmente riguroso al pronunciarse acerca de la independencia de dichos tribunales.

Palabras clave: Estado de derecho, división de poderes, tutela del ordenamiento, Poder Judicial, independencia, garantías, Unión Europea.

Abstract

The principle of judicial independence is inherent in the exercise of jurisdiction and does not admit exceptions or nuances. This explains why the establishment of the European Union upon the rule of law hinges on the independence of the national

* Letrado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

courts, on whom depends in the first instance the guarantee of European law. It also explains why the Court of Justice of the European Union is so rigorous when it comes to speaking about the independence of aforementioned courts.

Keywords: Rule of law, division of powers, protection of the legal system, Judicial Power, independence, guarantees, European Union.

1. Estado de derecho, división de poderes e independencia judicial

El Estado de derecho, que no es sino una fórmula para la ordenación de la convivencia mediante el gobierno de las leyes, se fundamenta en una serie de principios que lo distinguen con nitidez de los modelos sustentados en la tiranía de los hombres. El más característico de dichos principios es el de la división de poderes, que prescribe una clara separación entre las funciones legislativa, ejecutiva y judicial, así como, correlativamente, entre los órganos que desempeñan cada una de esas funciones. Con esta división orgánica y funcional del ejercicio del poder público se intenta asegurar, como quería Montesquieu, un espacio en el que el hombre pueda disfrutar de aquella tranquilidad de espíritu en que consiste, al cabo, la libertad política (Montesquieu, 1748/2003, XI, VI).

El principio de la división de poderes es, sin embargo, irrealizable en cuanto tal. Ningún Estado moderno podría funcionar si sus poderes se organizaran y funcionasen con la estricta separación que predica aquél. Ello no supone que se trate de un principio fallido o de una añagaza intelectual. La división de poderes es sólo, y en estricto sentido, un ideal y, por tanto, no cabe pretender su efectiva realización práctica, sino únicamente aspirar a que se aproxime a la realidad *en la medida de lo posible*, que será siempre una medida incompleta y limitada. Rectamente entendida, la división de poderes no es un dogma, sino una pauta. De ahí que sus postulados, lejos de consentir la rigidez dogmática, requieran la flexibilidad que imponen las exigencias de la eficacia práctica.

Si todos los Estados de derecho actualmente existentes adoptaran, sin excepción, el principio de división de poderes como base de su organización institucional y normativa, todos ellos, también sin excepción, ordenarían esos poderes en

términos de coordinación y de colaboración antes que en clave de ajenidad y de enfrentamiento. Así, por más que la función legislativa se confíe, *por principio*, a una asamblea parlamentaria, cabe también que, en determinadas circunstancias y con base en ciertos límites, el Poder Ejecutivo adopte normas con fuerza y valor de ley.¹ En esa línea, los Poderes Legislativo y Ejecutivo no se configuran como compartimentos estancos, sino que, entre otros posibles ejemplos, al primero le corresponde desarrollar cierta actividad reglamentaria, aunque sólo sea en el ámbito puramente interno.² En fin, ninguno de los dos poderes es inaccesible al control del Poder Judicial, que a su vez no deja de estar sometido a la voluntad del legislador formalizada en las leyes ni a las disposiciones de orden administrativo o funcionarial necesarias para su organización y emanadas del Poder Ejecutivo.³

El de la división de poderes es, por tanto, un principio colmado de excepciones. Sin embargo, abriga en su interior un subprincipio que no admite excepción alguna: el de independencia judicial, es decir, aquel que garantiza el recto ejercicio de la función jurisdiccional desde el punto de vista normativo (sometimiento exclusivo a la ley), institucional (autonomía organizativa) y funcional (autonomía de juicio). La independencia judicial no se constituye como una pauta, sino como un dogma y, por tanto, como un principio sin excepciones. Su flexibilización equivale a su ruptura, pues, en cuanto absoluto, no admite la relativización de los matices.

Es un principio absoluto porque resulta consustancial al ejercicio de la función jurisdiccional.⁴ Sin su concurso no hay, sencillamente, jurisdicción. Esto es así

¹ Así, "en caso de extraordinaria y urgente necesidad", el artículo 86 de la Constitución española permite que el gobierno dicte normas con valor de ley, sujetas a la posterior convalidación parlamentaria. Una previsión equivalente se encuentra en el artículo 77 de la Constitución italiana. En el caso alemán, el "estado de emergencia legislativa", previsto en el artículo 81 de la Ley Fundamental de Bonn, prevé la posibilidad de que un proyecto de ley gubernamental pueda convertirse en ley pese a su rechazo por la Dieta Federal.

² Con carácter general, sobre la distribución de potestades normativas entre los órganos constitucionales, véase Punset Blanco (2009, *passim*).

³ A estos efectos es capital la diferenciación entre "administrar justicia", en el sentido de "ejercer la jurisdicción", y "administración de la justicia", entendida como "dirección y gobierno de los medios personales y materiales necesarios para administrar justicia". Lo primero debe ser privativo de los jueces y tribunales. Lo segundo, en cuanto actividad administrativa, puede confiarse al gobierno (caso alemán) o a una autoridad independiente no jurisdiccional (modelo italiano o español).

⁴ En lo que sigue, con carácter general, Requejo Pagés (1989, *passim*).

porque la jurisdicción es aquella función del Estado que, con la aplicación del derecho al caso concreto para la solución de conflictos de intereses, trata de garantizar, en último término, que el derecho se aplique correctamente. Esto es, que las normas (deber-ser) que se proyectan sobre la realidad (ser) para ordenarla debidamente se han producido en la forma establecida por la Constitución y por los órganos que ésta ha conformado para tales efectos. La función jurisdiccional es, en definitiva, una *función de garantía* del debido respeto a la indemnidad del ordenamiento jurídico, de manera que quienes la ejercen no pueden atender a otro interés que no sea la correcta aplicación del derecho.⁵ De ahí se sigue que los jueces sólo pueden actuar con estricta sujeción a la ley (vale decir, al conjunto del derecho), asegurando que la respuesta brindada en cada caso concreto por el ordenamiento jurídico sea exactamente la que éste ha previsto *in abstracto* y con carácter general. Sujeción a la ley es aquí tanto como independencia, esto es, *sometimiento al derecho y sólo al derecho*, prescindiendo de toda obediencia a vínculos espurios como pueden ser el interés propio o de parte, la convicción política o el credo religioso.

Si las normas son para el Poder Ejecutivo los medios que le facilita el legislador para la consecución de fines que trascienden al propio ordenamiento,⁶ para el Poder Judicial constituyen un fin en sí mismo, con exclusión de cualquier otro. Mientras el Legislativo y el Ejecutivo crean y aplican normas con el propósito de alcanzar determinados objetivos sociales, políticos o económicos, el juez cuida que esa aplicación instrumental del derecho no redunde en perjuicio del derecho mismo, que para él constituye el único fin relevante y es, por tanto, indeclinable ante los fines que lo trasciendan.

La función jurisdiccional es, por tanto, una función ejercida con independencia, esto es, sin otra dependencia que la estricta sujeción al derecho. El juez *no inde-*

⁵ Siendo ése el interés primero o inmediato del juez, por intermediación de la ley, los intereses y derechos que esta última establece y garantiza también serán suyos.

⁶ Me refiero al Ejecutivo y al legislador en términos funcionales, es decir, como órganos que producen y aplican normas, en forma respectiva. En ese sentido, no se identifican de manera estricta con el gobierno y el parlamento, pues el primero también produce normas y el segundo no sólo legisla, sino que además controla y, en ese sentido, aplica normas y procedimientos de control.

pendiente no es más que un tremendo oxímoron, pues en la medida en que aplique la ley obedeciendo a razones o intereses ideológicos, políticos, económicos o personales, habrá hecho de ésta un medio y, asumiendo la función del poder político, habrá privado al ordenamiento de su última garantía frente a la infracción.

Si la razón teórica demuestra el carácter necesario de la garantía de la independencia, la razón política del Estado democrático tiene en esa garantía uno de sus fundamentos capitales. El hecho de que la democracia moderna sea un sistema de gobierno basado en la voluntad de la mayoría formalizada regularmente en las leyes aprobadas por una asamblea representativa, hace de ella una forma política necesitada de una legitimación muy específica. No basta con asegurar que la voluntad de la ley no es en última instancia otra cosa que la voluntad de la mayoría; es preciso garantizar también que la ley aplicada al final es justamente la que la mayoría ha querido. Tan importante como la seguridad de que la ley se ha elaborado por medio de un procedimiento democrático es la certeza de que se aplica al caso concreto en la forma legalmente establecida; esto es, sin interferencias que terminen por introducir en ella, mediante consideraciones inspiradas en intereses que le son ajenos, un contenido distinto del que ha decidido el legislador democrático.

Sólo un Poder Judicial independiente es capaz de asegurar la correcta aplicación de la ley democrática, blindando su contenido frente a las injerencias que puedan producirse en el margen de creación normativa que toda aplicación comporta de manera inevitable. A partir de la base de que no existe la aplicación químicamente pura del derecho, sino que toda aplicación presupone una interpretación creativa o recreativa de la ley (Kelsen, 1934/1977, 169-170), se trata justamente de evitar que ese margen de creación se colme con apreciaciones que sean fruto de juicios de valor o de cálculos de intereses extraños a la voluntad legislativa. Para ello, se requiere un aplicador de la ley que esté en condiciones de asegurar que el componente creativo de su interpretación se reduzca al mínimo imprescindible y que, además, se colme sólo por referencia al contenido normativo ya decidido por el legislador, ya sea en el concreto cuerpo

normativo que da cobijo a la norma interpretada, ya sea en el conjunto del ordenamiento. Importa pues, en definitiva, que la creación del intérprete sea autorreferencial, agotándose en la voluntad legislativa formalizada en el derecho positivo, sin dar cabida a contenidos normativos que no se hayan interiorizado por el ordenamiento de los cauces regulares de producción normativa.

Se entiende, por lo dicho, que el principio de independencia judicial es absolutamente indeclinable. No puede admitir matices ni flexibilizarse en sus exigencias, pues el relajamiento del sometimiento exclusivo del juez a la legalidad, por mínimo que sea, comporta el desapoderamiento del legislador como el único señor de la ley.

2. La independencia judicial como principio fundamental de la Unión Europea

Buen ejemplo del carácter medular del principio de independencia judicial en la estructura del Estado de derecho lo ofrece la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en relación con el desfallecimiento de las garantías de la independencia en algunos de los Estados miembros de la Unión. En palabras del Tribunal de Luxemburgo:

La necesidad de independencia de los tribunales, inherente a la función jurisdiccional, está integrada en el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso equitativo, que reviste una importancia capital como garante de la protección del conjunto de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables y de la salvaguarda de los valores comunes de los Estados miembros [...], en particular el valor del Estado de Derecho [STJUE, 2019b, apartado 58].

El posicionamiento del TJUE en relación con la independencia de los jueces de los Estados miembros de la Unión es tanto más relevante en tanto que, de acuerdo con los Tratados constitutivos de la Unión Europea, esta última no tiene competencias en el ámbito de las administraciones de justicia nacionales. No obstante lo anterior, no le ha sido difícil al Tribunal de Justicia arrogarse la palabra en ese terreno, valiéndose para ello, justamente, de la íntima conexión exis-

tente entre el principio de independencia judicial y la esencia última del Estado de derecho.

En efecto, el artículo 19, apartado 1, párrafo segundo, del Tratado de la Unión Europea (TUE), prescribe que "[l]os Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión". Esta escueta referencia a la tutela judicial efectiva ha sido suficiente para que el TJUE haya podido desplegar una lógica irrefragable, cuyo primer paso le lleva al artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), en el que, tras reconocerse el derecho a la tutela judicial a todas las personas cuyos derechos y libertades garantizados por el derecho de la Unión hayan sido violados, se declara que "[t]oda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley".

De ambas premisas se sigue el interés legítimo de la Unión de que los Estados miembros cuenten con tribunales independientes, pues a ellos corresponde, en primera instancia, la defensa de los derechos que la Unión reconoce a sus ciudadanos.

En definitiva, siendo cierto, como reconoce el TJUE, que "corresponde a los Estados miembros determinar cómo organizan su Administración de Justicia, no es menos cierto que, al ejercer esta competencia, deben cumplir las obligaciones que les impone el Derecho de la Unión", en particular la establecida en el artículo 19 del TUE (STJUE, 2019b, apartado 52).

Hasta tal punto el principio de independencia judicial es un componente medular de la Unión Europea que su posible quiebra por parte de uno de sus Estados miembros ha dado lugar a la activación, por vez primera, del procedimiento establecido en el artículo 7 del TUE, que permite suspender de determinados derechos derivados de los Tratados de la Unión a un Estado miembro si se constata "la existencia de un riesgo claro de violación grave [...] de los valores contemplados en el artículo 2 [del TUE]", entre los que se cuenta el

Estado de derecho.⁷ En el origen de la puesta en marcha de este procedimiento se encuentran, precisamente, los recelos de la Unión frente a las reformas legislativas llevadas a cabo en Polonia en el ámbito de la judicatura.

3. Las condiciones de la independencia judicial en el derecho de la Unión Europea

Asumida resueltamente su competencia para examinar el respeto del principio de independencia judicial por parte de los Estados miembros, el TJUE ha podido pronunciarse en reiteradas ocasiones acerca de las condiciones que deben satisfacer los tribunales nacionales para acomodarse a las exigencias de aquel principio, el cual, con arreglo a su doctrina, comprende dos aspectos:

El primero de ellos, de *orden externo*, supone que el órgano en cuestión ejerza sus funciones con plena autonomía, sin estar sometido a ningún vínculo jerárquico o de subordinación respecto a terceros y sin recibir órdenes ni instrucciones de ningún tipo, cualquiera que sea su procedencia, de tal modo que quede protegido de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia de sus miembros a la hora de juzgar o que puedan influir en sus decisiones [STJUE, 2019d, apartado 121] [cursivas añadidas].

El segundo aspecto es de *orden interno* y tiene que ver con la imparcialidad, esto es, con "la equidistancia que debe guardar el órgano de que se trate con respecto a las partes del litigio y a sus intereses respectivos en relación con el objeto de dicho litigio", lo que "exige el respeto de la objetividad y la inexistencia de cualquier interés en la solución del litigio que no sea el de la aplicación estricta de la norma jurídica" (STJUE, 2019b, apartado 73).

Para el TJUE, ambos aspectos de la independencia judicial hacen necesaria la existencia de una serie de reglas que "permitan excluir toda duda legítima en

⁷ En virtud del artículo 2 del Tratado de la Unión Europea, "La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres".

el ánimo de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de dicho órgano frente a elementos externos y en lo que respecta a su neutralidad con respecto a los intereses en litigio" (STJUE, 2019d, apartado 123).

Dichas reglas tienen que ver con la composición del órgano judicial y con el nombramiento y cese de sus miembros, así como con la duración de su mandato y las causas de inhibición y recusación (STJUE, 2006, apartado 53). Pero también, en particular, con la percepción de "un nivel de retribuciones en consonancia con la importancia de las funciones que ejercen" los tribunales (STJUE, 2018a, apartado 45).

Sobre algunas de estas reglas se ha pronunciado el TJUE con cierto detalle. Así, por ejemplo, en lo que hace a la prórroga del nombramiento de los jueces –con razones que pueden extrapolarse al nombramiento de origen–, ha declarado que, por sí sola, la atribución al presidente de la República de la potestad de decidir si se accede o no a prorrogar el mandato de una autoridad judicial no es suficiente para apreciar una infracción del principio de independencia judicial.

No obstante, es importante asegurarse de que las condiciones materiales y las normas de procedimiento que rigen la adopción de tales decisiones impiden que se susciten dudas legítimas en el ánimo de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de los jueces de que se trate frente a elementos externos y en lo que respecta a su neutralidad con respecto a los intereses en litigio [STJUE, 2019b, apartado 111].

Se trata, en definitiva, de la garantía de inamovilidad, que, en palabras del TJUE, "exige, en particular, que los jueces puedan permanecer en el ejercicio de sus funciones en tanto no hayan alcanzado la edad de jubilación forzosa o hasta que termine su mandato cuando éste tenga una duración determinada" (STJUE, 2019c, apartado 113). Principio que, si bien no tiene un carácter absoluto, "solo puede ser objeto de excepciones cuando existan motivos legítimos e imperiosos que lo justifiquen y siempre que se respete el principio de proporcionalidad" (*loc. ult. cit.*). Tal es el caso, por ejemplo, en los supuestos de incapacidad sobrevenida o de falta grave, en el entendido de que siempre han de observarse los procedimientos establecidos para tales efectos (STJUE, 2019b, apartado 76).

En esa línea, y en relación con los procedimientos disciplinarios, el TJUE ha subrayado que la necesidad de la independencia judicial exige que el régimen disciplinario aplicable a los jueces ofrezca "las garantías necesarias para evitar cualquier riesgo de que dicho régimen pueda utilizarse como sistema de control político del contenido de las resoluciones judiciales" (STJUE, 2018b, apartado 67). Por ello, es necesario que se establezcan normas que: *a)* definan con precisión tanto los comportamientos constitutivos de infracciones disciplinarias⁸ como las sanciones aplicables concretamente; *b)* prevean la intervención de un órgano independiente con base en un procedimiento que garantice plenamente los derechos a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y a la defensa, y *c)* determinen la posibilidad de impugnar judicialmente las decisiones de los órganos disciplinarios (STJUE, 2019b, apartado 77).

El propósito último de todas estas garantías no es otro que "evitar inquietudes legítimas en cuanto al respeto del principio de inamovilidad del juez" (*loc. ult. cit.*, apartado 78) y, por derivación, sobre la "impermeabilidad" de los tribunales "frente a elementos externos y en lo que respecta a su neutralidad [frente] a los intereses en litigio" (*loc. ult. cit.*, apartado 79).

Componente esencial para la garantía de la independencia de los tribunales es también la previsión de un régimen retributivo suficiente y al abrigo de alteraciones que puedan servir al propósito de perturbar, citando a Montesquieu, la "tranquilidad de espíritu" de los miembros del Poder Judicial. En la única ocasión que el TJUE ha tenido que pronunciarse sobre el particular, le ha bastado con constatar que las medidas de reducción salarial aplicadas por las autoridades portuguesas al Tribunal de Contas se enmarcaban en un conjunto de medidas presupuestarias que afectaban, con carácter temporal, a toda una serie de cargos públicos y funcionariales, con inclusión de los representantes de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, por lo que había que descartar que se tratara

⁸ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha desautorizado, específicamente, "disposiciones nacionales de las que se desprenda que los jueces nacionales pueden verse expuestos a procedimientos disciplinarios por haber planteado al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial", pues "la mera perspectiva de poder ser sometido, en su caso, a un procedimiento disciplinario por haber efectuado tal remisión o haber decidido mantenerla después de haberla realizado puede suponer que los jueces nacionales no puedan ejercer de manera efectiva" sus funciones como órganos jurisdiccionales de la Unión (STJUE, 2020, apartado 58).

de medidas específicamente dirigidas contra los miembros de la jurisdicción contable (STJUE, 2018a, apartado 49).

Es evidente, en fin, que el TJUE no ha tenido ocasión de pronunciarse con exhaustividad sobre todas y cada una de las condiciones necesarias para la garantía de independencia de los tribunales. Como se verá más adelante, la singularidad de la Unión Europea y, con ella, la del propio TJUE, explica una jurisprudencia inevitablemente sectorial e incompleta. Con todo, tras ella se adivina sin dificultad una teoría de la independencia perfectamente equiparable con la de los principales tribunales de los Estados miembros y, en particular, con las de sus tribunales constitucionales.

4. La independencia como elemento constitutivo de la condición judicial

En efecto, el TJUE ha ido dando cuerpo a una jurisprudencia acerca del principio de independencia sólidamente asentada en las bases de la mejor doctrina constitucional. Tributario de las tradiciones constitucionales compartidas por los Estados miembros de la Unión Europea, el Tribunal de Luxemburgo ha identificado en la independencia de los jueces uno de los elementos irrenunciables del Estado de derecho, lo que le ha llevado a valerse cualificadamente de ese criterio en el desempeño de sus funciones como garante de los derechos fundamentales protegidos por la Unión.

Prueba de ello puede encontrarse, por ejemplo, en el ámbito del sistema de la denominada orden de detención europea (ODE), es decir, el régimen de cooperación judicial establecido en el seno de la Unión Europea en lugar del sistema clásico de la extradición.

De acuerdo con la normativa reguladora de la ODE,⁹ las autoridades judiciales de los Estados miembros pueden dictar órdenes de detención y entrega válidas

⁹ Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, del 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DO 2002 L 190, p. 1), modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo de 26 de febrero de 2009 (DO 2009 L 81, p. 24).

en todo el territorio de la Unión Europea y ejecutables por las autoridades judiciales del Estado miembro en el que se encuentre la persona reclamada. Una persona solicitada en España para ser juzgada por una infracción penal o para cumplir una condena impuesta por sentencia podrá ser detenida en Suecia y entregada a las autoridades españolas sin necesidad de seguir el régimen tradicional de la extradición. Bastará con que un tribunal sueco compruebe que se cumplen las condiciones establecidas en la Decisión Marco 2002/584/JAI para que se autorice la entrega de la persona en cuestión al tribunal español que ha cursado la ODE.

Se trata de un sistema perfectamente judicializado, sin lugar alguno para la intervención del Poder Ejecutivo, basado en el principio de confianza mutua, esto es, en la certeza de que tanto la autoridad que emite la ODE como la que la ejecuta son tribunales de justicia, es decir, órganos jurisdiccionales que actúan con estricta sujeción a la ley y de manera independiente, respetando escrupulosamente los derechos fundamentales y el derecho de la Unión y ateniéndose al procedimiento establecido en la Decisión Marco 2002/584/JAI. Sobre la base de esa confianza, las autoridades de emisión y de ejecución se reconocen mutuamente como tribunales de justicia y atribuyen a sus respectivas resoluciones un valor equivalente al de sus resoluciones propias. Todo el sistema se fundamenta, en último término, en la confianza de que sus actores son, exclusivamente, tribunales independientes.

Ciñéndonos a lo que aquí importa, la Decisión Marco 2002/584/JAI establece una serie de causas justificativas de denegación de la ejecución de una ODE. Dichas causas pueden ser obligatorias o facultativas, pero son las únicas que puede invocar una autoridad judicial para rechazar la ejecución.

En palabras del TJUE,

salvo en circunstancias excepcionales, las autoridades judiciales de ejecución sólo pueden negarse a ejecutar tal orden en los supuestos de no ejecución taxativamente establecidos en la Decisión Marco 2002/584, y la ejecución de una orden de detención europea sólo

puede supeditarse a alguno de los requisitos que se establecen en la misma con carácter limitativo. En consecuencia, la ejecución de la orden de detención europea constituye el principio, mientras que la denegación de la ejecución se concibe como una excepción que debe ser objeto de interpretación estricta [TJUE, 2017, apartado 50] [cursivas añadidas].

Entre las circunstancias excepcionales que pueden justificar la inejecución de una ODE al margen de los supuestos establecidos en la Decisión Marco 2002/584/JAI figura la posibilidad de que la persona reclamada sea sometida a un trato inhumano o degradante,¹⁰ pues el artículo 1, apartado 3, de la Decisión Marco dispone que ésta no puede tener por efecto modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales.

En este contexto, el TJUE ha concluido que el riesgo de violación del derecho a un juez independiente, en la medida en que puede suponer la infracción del derecho a un juicio equitativo, constituye una circunstancia excepcional justificativa de la inejecución de una ODE.

De acuerdo con el TJUE, como quiera que

la Decisión Marco 2002/584 pretende establecer un sistema simplificado de entrega directa entre "autoridades judiciales" para garantizar la libre circulación de las resoluciones judiciales en materia penal en el espacio de libertad, seguridad y justicia, la salvaguarda de la independencia de tales autoridades resulta igualmente primordial en el marco del mecanismo de la orden de detención europea [STJUE, 2018b, apartado 55].

Y continúa:

Efectivamente, la Decisión Marco 2002/584 se basa en el principio de que las decisiones relativas a la orden de detención europea disfrutan de todas las garantías propias de las resoluciones judiciales, en especial de las que se derivan de los derechos fundamentales [...]. Esto implica que no solo la decisión relativa a la ejecución de la orden de detención europea, sino también la relativa a la emisión de tal orden, deben ser adoptadas por una autoridad judicial que responda a las exigencias de la tutela judicial efectiva –entre

¹⁰ Por todas, STJUE (2016, apartado 104).

las que se cuenta la garantía de independencia—, de modo que todo el procedimiento de entrega entre Estados miembros [...] se desarrolle bajo control judicial [*loc. ult. cit.*, apartado 56] [cursivas añadidas].

Así las cosas, para determinar si la autoridad judicial en cuestión puede ser tenida por independiente, el tribunal de ejecución deberá examinar si cumple con las condiciones establecidas por la jurisprudencia del TJUE referida en el apartado precedente.

En definitiva, el principio de independencia se ha constituido en el indicador por excelencia de la naturaleza judicial de los órganos del poder público y, por extensión, de la cualificación de los Estados miembros como Estados de derecho y, en cuanto tales, respetuosos de los valores fundamentales de la Unión.

5. Una excepción aparente: el ministerio fiscal

Al principio de estas páginas se ha dicho que el principio de independencia no puede admitir excepciones, ni siquiera matices. La jurisprudencia del TJUE ofrece algún episodio que podría poner en duda esa afirmación, pues justamente en el ámbito de la ODE ha admitido que los fiscales puedan ser considerados autoridad judicial pese a no disfrutar de una independencia equiparable a la de los tribunales de justicia.

De acuerdo con la Decisión Marco 2002/584/JAI, la ODE sólo puede ser emitida por una autoridad judicial. Aunque corresponde a los Estados miembros designar a la autoridad judicial competente para emitir una ODE, la definición del concepto mismo de tal autoridad, a los efectos de la Decisión Marco 2002/584/JAI, corresponde al TJUE, pues se trata de lo que se conoce como "concepto autónomo del Derecho de la Unión", es decir, una categoría que, por razones de uniformidad, no puede quedar al arbitrio de los diferentes derechos nacionales, sino que debe ser única y común para todos los Estados miembros.¹¹

¹¹ De acuerdo con el TJUE, "se desprende de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad que el tenor de una disposición de Derecho de la Unión que no

Ya que determinados Estados miembros designaron en su momento al ministerio fiscal como autoridad judicial competente para emitir una ODE, algunos tribunales requeridos para ejecutar una ODE emitida por la fiscalía plantearon al TJUE la cuestión de si, con base en la Decisión Marco 2002/584/JAI, los fiscales podían ser considerados autoridad judicial, pues, de no ser así, no procedería ejecutar la ODE emitida por éstos.

El TJUE ha respondido a la cuestión en el sentido de que los fiscales pueden ser considerados autoridad judicial si satisfacen dos condiciones: por un lado, participar en la administración de justicia; por otro, ser independientes.

En cuanto a lo primero, baste aquí con consignar que, para el TJUE, dado que la Decisión Marco 2002/584/JAI tiene por objeto la libre circulación de resoluciones en materia penal –comprendiendo por igual las sentencias y las resoluciones preparatorias–, tanto los órganos habilitados para dictar sentencias (los tribunales *stricto sensu*) como los que lo están para "crear, en el procedimiento penal, las condiciones previas para el ejercicio de la función jurisdiccional por los tribunales de lo penal" (los fiscales) participan por igual en la administración de justicia (STJUE, 2019a, apartado 66).

Por lo que hace a lo segundo (independencia), el TJUE considera suficiente que la "autoridad judicial emisora no se vea expuesta, a la hora de adoptar una decisión de emitir [una ODE], a riesgo alguno de recibir *instrucciones individuales del poder ejecutivo*" (TJUE, 2019e, apartado 52) (cursivas añadidas). Esto es, no se exige una independencia en la fiscalía equiparable a la que es propia de los tribunales en sentido estricto, sino que basta con que se garantice que sus titulares no están sometidos a instrucciones individuales.¹²

contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme" (TJUE, 2011, apartado 32).

¹² Ello ha permitido al TJUE considerar, en la sentencia que acaba de citarse, que el Ministerio Fiscal francés es "independiente" en tanto que sólo puede recibir del gobierno instrucciones de carácter general, pero no individuales.

Que el derecho de la Unión consienta la calificación como autoridad judicial de un órgano que no es tan independiente como los tribunales de justicia, podría interpretarse como una desautorización de la tesis que sostiene que el principio de independencia judicial es un absoluto que no admite excepciones ni matices. Sin embargo, de la propia jurisprudencia del TJUE se desprende que el derecho europeo no excepciona los rigores de aquel principio, sino todo lo contrario.

En efecto, aun cuando el TJUE admite que un fiscal sujeto a las instrucciones generales impartidas por el Poder Ejecutivo puede ser considerado autoridad judicial y, con ese título, emitir una ODE, lo cierto es que sólo permite que lo haga si su decisión es susceptible de ser impugnada ante un tribunal:

cuando el Derecho del Estado miembro emisor atribuye la competencia para emitir órdenes de detención europea a una autoridad que, si bien participa en la administración de la justicia de ese Estado miembro, no es un tribunal, la decisión de emitir dicha orden de detención y, en particular, la proporcionalidad de esa decisión *deben poder ser objeto de un recurso judicial* en dicho Estado miembro que satisfaga plenamente las exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva [STJUE, 2019a, apartado 75] [cursivas añadidas].

En consecuencia, ya sea por vía indirecta, el principio de independencia judicial termina por hacerse patente y de manera inexcusable. Sólo está capacitada para emitir una ODE la fiscalía que pueda aportar a la autoridad judicial de ejecución una doble garantía, de que *a)* su decisión no está condicionada por instrucciones individuales del ejecutivo y *b)* ha podido ser recurrida ante los tribunales.

La independencia en sentido estricto –esto es, la judicial– no se predica del órgano que emite directamente la ODE, pero sí de aquel ante el que debe poder impugnarse en todo caso la decisión de emitirla. A la postre, la independencia judicial es el corolario de un procedimiento en el que, dando cabida como sujeto principal a un órgano que no es independiente en sentido estricto, se reserva la última palabra a un tribunal que reúne todas las condiciones para actuar con estricta independencia. En definitiva, la última palabra sobre el ordenamiento la tiene sólo el juez independiente, lo que garantiza que tal palabra es la que

procede *in concreto* a partir de lo que han dispuesto *in abstracto* los órganos de producción de normas establecidos por la Constitución. Palabra de la ley como expresión de la voluntad general y asegurada frente a la injerencia de intereses particulares o privativos de otros órganos del ordenamiento.

6. La estatalización de la Unión Europea como un Estado de derecho

La Unión Europea se ha concebido desde sus inicios, cuando era poco más que la organización de un mercado, como una comunidad de derecho. El TJUE no deja de recordar que las instituciones de la Unión "están sujetas al control de la conformidad de sus actos [...] con los Tratados, con los principios generales del Derecho y con los derechos fundamentales" (TJUE, 2013, apartado 91), de lo que se desprende, *inter alia*, que

los particulares deben poder disfrutar de una tutela judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico comunitario, ya que el derecho a dicha tutela forma parte de los principios generales del Derecho que resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros [TJUE, 2002, apartado 39].

Derecho a la tutela judicial que, como se ha visto, es inescindible del principio de independencia de los tribunales de justicia.

El proceso de integración europea, que se ha intentado trabajosamente a lo largo de casi 65 años, constituye una empresa tan ambiciosa como arriesgada y, sobre todo, incierta. La única certidumbre en un proceso tan singular en el contexto de las relaciones internacionales es que nadie sabe a dónde lleva.¹³ Lo que para unos es una mera integración continental de los mercados nacionales, para otros es un proceso dirigido a la constitución de un Estado federal europeo, mediando entre ambos extremos todos los matices que consiente un procedimiento que se ha cuidado siempre de cultivar la ambigüedad en lo que a sus intenciones últimas se refiere. Seguramente porque tales intenciones no existen y la inte-

¹³ Acerca del proceso de integración europea con carácter general, véase Sarmiento (2018, *passim*).

gración no es, al cabo, sino un proceso tan abierto que ni siquiera sus objetivos están cerrados. Su fin último será aquel al que efectivamente lleve el curso de la historia, sin descartar siquiera que se mantenga indefinidamente abierto, con movimientos de avance, de estancamiento y de regreso en permanente sucesión. Sin excluir, claro está, que el proceso mismo termine llevando al punto de partida con la recuperación por los Estados miembros de las facultades soberanas que en su día decidieron confiar a las instituciones de la Unión.¹⁴

En cualquier caso, el camino recorrido hasta ahora por la Unión la ha llevado a constituirse en algo más que una organización internacional. Sin llegar a constituir un Estado, "los tratados constitutivos de la Unión han creado un nuevo ordenamiento jurídico, dotado de instituciones propias" (TJUE, 2014, apartado 157). Dicho ordenamiento jurídico –que disfruta de autonomía tanto respecto de los derechos nacionales como frente al derecho internacional (TJUE, 2008, apartados 281 a 285)– tiene, sin embargo, todas las trazas de un verdadero Estado.

No porque cuente con unos tratados fundacionales calificados por el TJUE como "la carta constitucional fundamental" de la Unión (TJUE, 1986, apartado 23), sino, sobre todo, porque la progresiva ampliación del ámbito de sus competencias –fruto, en buena medida, de un activismo judicial apenas disimulado por parte del TJUE– ha ido siempre acompañada por la preocupación de que los poderes de la Unión se acomodaran en su alcance y en su ejercicio a los cánones del Estado constitucional de derecho.

Ello explica que los derechos fundamentales se encuentren en el "corazón" de la estructura constitucional de la Unión (Dictamen 2/13, apartado 169) y que como corolario necesario del sistema de poder arbitrado por los tratados constitutivos se erija el principio de independencia judicial, clave de bóveda del derecho a la tutela judicial efectiva, que es, al cabo, el derecho que hace posi-

¹⁴ Acerca de la dimensión constitucional del proceso de integración, véase Requejo Pagés (2016, *passim*).

ble el disfrute de todos los demás. De ahí la contundencia con la que el TJUE viene dando respuesta a los desfallecimientos que, en ese terreno, son últimamente de lamentar en algunos de los Estados miembros de la Unión. Consciente de que el derecho vale sólo lo que valen los tribunales que lo garantizan y de que no hay más tribunal que el tribunal independiente, el TJUE sabe bien que el futuro de la Unión como un Estado de derecho pasa por la defensa decidida de la independencia de los tribunales nacionales.

Fuentes

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007), proclamada en Estrasburgo el 12 de diciembre.

Constitución de la República Italiana (1947).

Constitución Española (1978).

Kelsen, H. (1934/1977), *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba.

Ley Fundamental de Bonn (1949).

Montesquieu, C. (1748/2003), *Del espíritu de las leyes*, Madrid, Alianza.

Punset Blanco, R. (2009), "Potestades normativas y forma de gobierno", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 87, pp. 11-42.

Requejo Pagés, J. L. (1989), *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

_____ (2016), *El sueño constitucional*, Oviedo, KRK.

Sarmiento, D. (2018), *El derecho de la Unión Europea*, 2a. ed., Madrid, Marcial Pons.

STJUE (1986), Les Verts/Parlamento, 294/83, sentencia del 23 de abril de 1986, EU:C:1986:166.

_____ (2002), Unión de Pequeños Agricultores/Consejo, sentencia del 25 de julio de 2002, C-50/00 P, EU:C:2002:462.

_____ (2006), Wilson, sentencia del 19 de septiembre de 2006, C-506/04, EU:C:2006:587.

_____ (2008), Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión, sentencia del 3 de septiembre de 2008, C-402/05 P y C415/05 P, EU:C:2008:461.

_____ (2011), Ziolkowski y Szeja, sentencia del 21 de diciembre de 2011, C-424/10 y C-425/10, EU:C:2011:866.

_____ (2013), Inuit Tapiriit Kanatami y otros/Parlamento y Consejo, sentencia del 3 de octubre de 2013, C-583/11 P, EU:C:2013:625.

_____ (2016), Aranyosi y Căldăraru, sentencia del 5 de abril de 2016, C-404/15 y C-659/15 PPU, EU:C:2016:198.

_____ (2017), Tupikas, sentencia del 10 de agosto de 2017, C-270/17 PPU, EU:C:2017:628.

_____ (2018a), Associação Sindical dos Juizes Portugueses, sentencia del 27 de febrero de 2018, C-64/16, EU:C:2018:117.

_____ (2018b), Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial), sentencia del 25 de julio de 2018, C-216/18 PPU, EU:C:2018:586.

_____ (2019a) OG y PI (Fiscalías de Lübeck y de Zwickau), sentencia del 27 de mayo de 2019, C-508/18 y C-82/19 PPU, EU:C:2019:456.

_____ (2019b), Comisión/Polonia (Independencia del Tribunal Supremo), sentencia del 24 de junio de 2019, C-619/18, EU:C:2019:531.

_____ (2019c), Comisión/Polonia (Independencia de los tribunales ordinarios), sentencia del 5 de noviembre de 2019, C-192/18, EU:C:2019:924.

_____ (2019d), A.K. y otros (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo), sentencia del 19 de noviembre de 2019, C-585/18, C-624/18 y C-625/18, EU:C:2019:982.

_____ (2019e), Parquet général du Grand-Duché de Luxembourg y Openbaar Ministerie (Fiscales de Lyon y de Tours), sentencia del 12 de diciembre de 2019, C-566/19 PPU y C-626/19 PPU, EU:C:2019:1077.

_____ (2020), Miasto Łowicz y Prokurator Generalny zastępowany przez Prokuraturę Krajową (Régimen disciplinario de los Magistrados), sentencia del 26 de marzo de 2020, C-558/18 y C-563/18, EU:C:2020:234.

TJUE (2014), Dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), del 18 de diciembre de 2014, EU:C:2014:2454.

Tratado de la Unión Europea (2007), versión adoptada por el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre, entró en vigor el 1o. de diciembre de 2009.

Reflexiones constitucionales (españolas y europeas) a propósito de la pandemia

Constitutional (spanish and european) reflections concerning the pandemic

MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ* Y JOSÉ JOAQUÍN FERNÁNDEZ ALLES**

Resumen

Por su posible importancia para el derecho constitucional comparado, este artículo analiza los principales problemas de constitucionalidad suscitados con motivo de la Covid-19, pandemia que tan intensamente ha afectado a nuestras sociedades, sistemas de salud y economías desde el inicio del año 2020.

Con la provisionalidad inherente a un estado de la cuestión abierto y pendiente aún de la adaptación de decisiones políticas relevantes, se examinan, en primer lugar, las cuestiones relacionadas con la constitucionalidad estatal de España: la regulación de excepción aprobada bajo la declaración del estado de alarma, el funcionamiento de las prórrogas y los controles parlamentarios, los principales debates acerca de los derechos afectados y el impacto normativo provocado en el ordenamiento jurídico. En segundo lugar, en el ámbito de la constitucionalidad europea, se delimitan y aclaran las cuestiones jurídicas vinculadas a la solución económica y financiera que, según las instituciones europeas, exige la situación actual.

* Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Cádiz (España). «miguel.revenga@uca.es».

** Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Cádiz (España). «joaquin.alles@uca.es».

En tal sentido, a propósito de la polémica sentencia PSPP (Programa de Compra de Activos de Deuda Pública en el Mercado Secundario) del Tribunal Constitucional alemán, del 5 de mayo de 2020, se señalan las principales claves jurídicas, políticas y económicas que explican el formalmente áspero diálogo jurisdiccional entre el tribunal alemán y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y, al mismo tiempo, se advierte la gran oportunidad que se le presenta al proceso de integración constitucional europea, al hacer de la necesidad una virtud para avanzar en sus objetivos fundacionales en el marco de los irrenunciables principios del Estado de derecho y del parlamentarismo democrático.

Palabras clave: Constitución, España, Unión Europea, Covid-19, estados de excepción, legislación, estabilidad presupuestaria, crisis económica.

Abstract

For its comparative interest in the field of Constitutional law, this article analyzes the main constitutional problems caused by the Covid-19, pandemic that has been ravaging our societies, healthcare systems and economic activities since the beginning of the year 2020.

Assuming the inevitable provisionality derived from an open state of affairs, still pending the adaptation of political decisions, we examine, in first, the following questions of spanish constitutionality: the exception regulation approved under the declaration of the state of alarm, the operation of extensions and parliamentary controls, the main debates on the rights affected and the impact normative caused in the legal system. And, secondly, already in the field of European constitutionality, the legal issues linked to the economic and financial solution that, according to the European institutions, the current situation demands, are defined and clarified.

In this sense, regarding the controversial PSPP Judgment of the BVerfG, of May 5, 2020 (ECB decisions on the Public Sector Purchase Programme), we analyzed the main legal, political and economic keys that explain the formally harsh jurisdictional dialogue between the aforementioned BVerfG and the ECJ, and it's valued the great opportunity for advancing towards a best implementation of founding objectives of European constitutional integration process within the framework of the inalienable principles of the rule of law and democratic parliamentarism

Keywords: Constitution, Spain, European Union, covid-19, exceptionality, legislation, budgetary stability, economic crisis.

1. La Constitución de la excepción en España y su aplicación a la emergencia sanitaria causada por la Covid-19

La Constitución de la excepción en España se compone de piezas o fragmentos, cada una de las cuales responde a una lógica causal de diferente naturaleza. En primer lugar, tenemos la previsión de una suspensión individualizada de derechos ("para personas determinadas", según el artículo 55.2 de la Constitución Española [CE]) concebida como instrumento de lucha contra el terrorismo. Dicha suspensión, que en sustancia rebaja el nivel de garantías constitucionales sobre el régimen de la detención, así como de las intervenciones telefónicas y domiciliarias, exige un control judicial caso por caso, y ha acabado por ser incorporada a la legislación procesal en materia penal. En segundo lugar, la CE establece un régimen de excepción que se relaciona con las exigencias derivadas de la opción por el Estado compuesto, es decir, una especie de fórmula de coerción federal que aparece en el artículo 155, en el que se habilita al presidente del gobierno, contando con la autorización por mayoría absoluta del Senado, para adoptar las medidas que considere oportunas frente a actuaciones de las autoridades de las comunidades autónomas lesivas para el interés general y que denoten un incumplimiento contumaz de las obligaciones constitucionales. Este mecanismo de control excepcional fue el que se activó en octubre de 2017, frente a la declaración unilateral de independencia realizada por el Parlamento de Cataluña, y se materializó en una intervención de la autonomía dirigida a convocar los comicios que, en efecto, se celebraron en diciembre de ese año.

La última de las piezas de la Constitución de la excepción es la que se concreta, de modo más tradicional, en la previsión de los tres estados excepcionales relacionados en el artículo 116 de la CE, el que cierra (de manera un tanto llamativa, desde el punto de vista de la sistemática) el título V de la Constitución, que trata acerca de la relación entre el gobierno y las Cortes Generales. Alumbrado por la idea de las respuestas escalonadas a situaciones que desafían o interrumpen el decurso normalizado de la vida constitucional, el artículo 116 comprende tres estados excepcionales: de alarma, de excepción y de sitio, cada

uno de los cuales tiene perfiles diferenciados en cuanto al modo y los efectos potenciales de su declaración. Los tres comparten, sin embargo, una misma idea de fondo: hacer viable una acción concertada de los poderes públicos, mesurada y congruente con la situación de excepcionalidad, limitada en el tiempo y alumbrada por el principio de recuperación de la normalidad cuanto antes y con el menor coste posible.

Al mismo tiempo, el artículo 116 de la CE deja ver una actitud cautelosa frente al riesgo de que, al hilo de la excepcionalidad, el incremento de las posibilidades de actuación del gobierno y sus agentes vaya de la mano del olvido o menoscabo de las facultades de control sobre aquel que la Constitución deposita en manos del Congreso de los Diputados. De ahí que el principio de responsabilidad del gobierno y sus agentes permanezca incólume durante los estados excepcionales (CE, artículo 116.6), y de ahí también que, durante ellos, no se permita la disolución del Congreso (CE, artículo 116.5). El diseño constitucional sucintamente descrito fue desarrollado en fecha temprana mediante la Ley Orgánica 4/1981, de 1o. de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

1.1. La declaración del estado de alarma. Contenido e incidencia en los derechos fundamentales y la actividad parlamentaria

El estado de alarma representa en España la respuesta frente a lo excepcional de más bajo relieve. Desde el punto de vista orgánico, ello se manifiesta en el hecho de que su declaración depende del gobierno sin que sea necesaria la autorización previa del Congreso de los Diputados, como ocurre con el estado de excepción y, de manera aún más intensa, con el de sitio, en el que la llave para activarlo se traslada del gobierno al Congreso por la mayoría absoluta de sus miembros. Hay que añadir, sin embargo, que el estado de alarma tiene un tope de duración establecido de 15 días naturales, transcurridos los cuales, las posibles prórrogas sí exigen una autorización expresa del Congreso.

Desde el punto de vista sustantivo, la gran diferencia entre el estado de alarma y los otros dos estados excepcionales es que en estos últimos cabe suspender la vigencia de algunos derechos fundamentales –garantías frente a la detención;

secreto de las comunicaciones; inviolabilidad del domicilio; libertad de circulación; ciertas facetas de la libertad de expresión; derechos de reunión y manifestación, y los de huelga y medidas de conflicto colectivo–, mientras que en el de alarma tan sólo cabe, entre otras medidas, la limitación de ciertos derechos y, de manera expresa, "la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados", o bien condicionar tal circulación o permanencia "al cumplimiento de ciertos requisitos" (Ley Orgánica 4/1981, artículo 11, inciso a).

Con independencia del reparto orgánico, para diferenciar cuáles son los supuestos fácticos con los que se conecta la declaración de uno o de otro estado excepcional, hay que apegarse a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/1981, puesto que la CE nada indica al respecto. Pues bien, de la lectura de los artículos 4, 13 y 32 de la ley, se infiere una diferenciación de supuestos habilitantes que, en sustancia, podría describirse así: el estado de alarma está concebido para hacer frente a catástrofes naturales, crisis sanitarias, falta de funcionamiento de servicios esenciales o situaciones de desabastecimiento de productos básicos; el de excepción, cuando surjan amenazas que obstaculicen el ejercicio de los derechos fundamentales o el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, y el de sitio, para los casos (más graves) de insurrección o actos de fuerza contra la soberanía, la integridad territorial o el ordenamiento constitucional. Es un reparto que responde a la lógica de escalas de gravedad, y en el que parece que se despolitiza el supuesto desencadenante del estado de alarma, mientras que, en el otro extremo, el que se relaciona con la activación del estado de sitio hace de él algo bastante cercano a una situación de guerra.

Ocurre con frecuencia –felizmente, cabría decir– que las normas acerca de la excepción componen un derecho que no pasa de ser proclamatorio, al faltarle la aplicación o encarnadura fáctica que le da vida y permite, al cabo, calibrar lo acertado o desacertado de las concepciones de quienes lo diseñaron y de quienes lo glosaron o aplicaron. Así ha sido en España en lo que se refiere a los estados de excepción y de sitio, pero no respecto al estado de alarma, que ya había tenido, antes de la crisis causada por la presente pandemia, una aplicación, concretamente, en diciembre de 2010, cuando el gobierno recurrió a él

mediante el Real Decreto 1673/2010, del 4 de diciembre, para enfrentar una huelga (de las que suelen llamarse "salvajes") de controladores aéreos, que situó en riesgo de colapso el funcionamiento de los aeropuertos españoles en fechas de mayor tránsito –la fiesta de la Constitución es el 6 de diciembre–. Los efectos de la declaración se ciñeron a las torres y centros de control aeroportuarios situados en territorio español y se concretaron en una militarización del personal que prestaba servicios en ellos para obligarles a retornar al trabajo con el apercibimiento de aplicación de las leyes militares penales y disciplinarias. Mediante el acuerdo del 14 de diciembre de 2010, el gobierno solicitó al Congreso una prórroga del estado de alarma, que le fue concedida y dio lugar al correspondiente Real Decreto 1717/2010 de prórroga del estado excepcional. De ambas normas y, en general, acerca de la constitucionalidad de lo acordado entonces por el gobierno, tuvo oportunidad de pronunciarse (favorablemente) el Tribunal Constitucional en la sentencia 83/2016.

El estado de alarma a propósito de la actual emergencia sanitaria fue declarado por el gobierno, con efecto inmediato, por medio del Real Decreto 463/2020, del 14 de marzo. Es un texto prolijo (ocupa 13 páginas del *Boletín Oficial*), cuyo contenido no podemos desgranar aquí. Baste con señalar que, junto a la suspensión de la actividad educativa (en todos los niveles), comercial (salvo excepciones relacionadas con la alimentación y artículos de farmacia), recreativa, deportiva, cultural y de culto religioso, el decreto realiza una clara centralización de la gestión de la crisis, con la dirección del presidente del gobierno y cuatro autoridades competentes delegadas, que son los titulares de los ministerios de Defensa, Interior, Transportes y Sanidad, a quienes el decreto habilita para dictar las órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones interpretativas que sean necesarias, así como para adoptar cualesquiera de las medidas incluidas en el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981 (que, entre otras, incluye requisas temporales de bienes, imposición de prestaciones personales, intervención y ocupación de industrias, fábricas o talleres e intervenciones dirigidas a asegurar el abastecimiento de los mercados).

De todo lo anterior se hizo un uso decididamente moderado: sirvió, por ejemplo, para fijar el precio máximo de venta al público de las mascarillas y geles

desinfectantes y poco más; pero en lo que sí ha tenido una profunda incidencia es en el reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de sanidad. La gestión centralizada cercenó en un principio la capacidad de las comunidades autónomas para desarrollar políticas propias de lucha contra el virus, lo que es llamativo si tenemos en cuenta que antes de la declaración de alarma algunas ya habían adoptado medidas parciales de confinamiento (de dudosa constitucionalidad), al amparo de sus correspondientes leyes autonómicas sanitarias y de protección civil.

Desde el punto de vista de la injerencia en los derechos fundamentales, la disposición más polémica del decreto es la que se refiere a lo que el artículo 7 rubrica como "Limitación de la libertad de circulación de las personas". El artículo sometió la libertad de circulación a un condicionante genérico –el desplazamiento debe ser individual–, conectando además la posibilidad de ejercerlo con la realización de una serie de actividades que allí mismo se enumeran, ya sea de manera concreta: adquisición de alimentos o productos farmacéuticos; asistencia a centros sanitarios; desplazamiento al lugar de trabajo y retorno al lugar de la residencia habitual; desplazamiento a entidades financieras o de seguros, o bien mediante referencias indeterminadas: causa mayor o situación de necesidad y cualesquiera otras, señala el artículo, "de naturaleza análoga".

La anterior fue la base jurídica del confinamiento domiciliario que estuvo vigente en todo el territorio español por el periodo que duró la situación de alarma, con las sucesivas prórrogas autorizadas por el Congreso de los Diputados, esto es, desde el 14 de marzo hasta el 21 de junio de 2020, en virtud de las respectivas resoluciones parlamentarias –del 25 de marzo, 9 de abril, 22 de abril, 6 de mayo, 20 de mayo y 3 de junio, todas ellas del Congreso de los Diputados, que ordenaban la publicación de las correspondientes autorizaciones de prórroga del estado de alarma– y los reales decretos de aprobación gubernamental de las sucesivas prórrogas –Real Decreto 476/2020, del 27 de marzo; Real Decreto 487/2020, del 10 de abril; Real Decreto 492/2020, del 24 de abril; Real Decreto 514/2020, del 8 de mayo, Real Decreto 537/2020, del 22 de mayo, y Real Decreto 555/2020, del 5 de junio–. En todas aquéllas y en éstos se fueron

introduciendo condicionamientos, modificaciones y añadidos al decreto declaratorio de la alarma que resultaron decisivos para la configuración de las condiciones de la excepcionalidad y para la materialización del control parlamentario del gobierno.

Aunque las normas se acompañaron de medidas de alivio que se fueron aprobando al hilo de la evolución de la situación sanitaria, no son pocos quienes defienden que un sometimiento de la libertad deambulatoria a límites tan estrictos equivale lisa y llanamente a una suspensión del derecho fundamental que reconoce el artículo 19 de la CE y, por ende, a un desbordamiento en fraude a la constitución de los contornos en los que se desenvuelve el estado de alarma. Como hemos apuntado, durante la vigencia del mismo cabe la imposición de límites a los derechos, pero no la suspensión de éstos. Se trata de un debate de notable interés de índole teórico, ya que involucra cuestiones medulares de teoría general de los derechos fundamentales —el alcance del contenido esencial de los derechos, la diferencia entre delimitaciones, limitaciones, restricciones y suspensiones, así como lo que significa ponderar derechos y bienes constitucionales, por señalar algunos—, pero que no debería nunca desviar la mirada del carácter rigurosamente inédito del desafío que se presenta y de las servidumbres del discurso jurídico.

Más allá de las dudas acerca de si lo que procede es la declaración de tal o cual estado excepcional, la cuestión es que no hay fundamento constitucional, ni desarrollo legislativo, que tenga la capacidad de ofrecer respuestas acabadas, y con carácter anticipado, a la crisis de alcance global en la que estamos inmersos. Ello no debe llevarnos a dejar de lado lo que significa el ejercicio del poder en forma constitucional, esto es, comprometido con la realización de los derechos y sometido a los arreglos institucionales (división, responsabilidad y control) que generan libertad; como tampoco la excepción (fáctica y jurídica) debe convertirse en norma. Por ejemplo: una de las cuestiones que nos pareció preocupante fue el ensanchamiento de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora. Hay que tener en cuenta que la Ley Orgánica 4/1981 (artículo 10.1) se limita a una genérica remisión de lo que dispongan las leyes; pues bien, tal remisión fue interpretada como una habilitación para hacer uso de las

sanciones que, del modo más generoso, aparecen previstas en la Ley Orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana (que no por casualidad es conocida popularmente como "ley mordaza"), cuyo capítulo V, acerca del régimen sancionador, alberga una extensa lista de infracciones y, entre ellas, clasificada como grave, la desobediencia o la resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones, aunado a la indeterminación de la que hace gala el decreto de alarma en lo que se refiere a los supuestos que legitiman la posibilidad de desplazarse, lo que dio pie a un frenesí sancionador que, por depender sólo, en último extremo, de las particulares apreciaciones *in situ* de los agentes, produjo unos niveles de inseguridad jurídica difícilmente compatibles con las virtudes de lo constitucional.

La incidencia de la declaración del estado de alarma en la actividad parlamentaria también merece una reflexión. Por una parte, en relación con la extensiva interpretación de la regulación del voto telemático establecida en el Reglamento del Congreso de los Diputados, que se refiere con la expresión "enfermedad grave", en su artículo 82, no a parlamentarios confinados en sus domicilios sin haber sido diagnosticados de enfermedad grave y sin indicios probados de contagio, como se ha interpretado (sin siquiera acudir a la técnica de las normas interpretativas o supletorias del Reglamento), como modo heterodoxo de justificar la falta de quórum y los acuerdos de autorización de las prórrogas. Por otro lado, obligada mención cabe realizar de la actividad de información y control del gobierno derivada de las intervenciones parlamentarias del presidente desde que se declaró el estado de alarma, articuladas mediante los siguientes instrumentos reglamentarios:

a) Comunicación del gobierno con la fórmula "Comunicación del Gobierno que acompaña al Real Decreto" (por ejemplo, al Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19).

b) Preguntas orales en los plenos del Congreso de los Diputados y del Senado, con posterior contestación del presidente del gobierno.

1.2. Precisiones acerca de las potestades normativas con mayor protagonismo durante el estado de alarma

Antes de proseguir con nuestras reflexiones, hemos de explicar brevemente algunas particularidades de dos fuentes del sistema español de producción normativa: el real decreto-ley, que tiene rango de ley, y el real decreto, cuyo rango es el de un reglamento subordinado a la ley. En los dos casos se trata de potestades normativas atribuidas al gobierno de la nación y condicionadas en cuanto a su contenido y efectos por las exigencias y reservas materiales establecidas en la Constitución.

Los reales decretos-leyes¹ son disposiciones provisionales de carácter general con fuerza de ley dictadas por el gobierno en caso de urgencia y en situaciones asimiladas. La provisionalidad viene de la exigencia constitucional en el sentido de que, en un plazo de 30 días desde su aprobación, han de ser sometidos al Congreso de los Diputados, que puede optar por aprobarlos o rechazarlos, aunque, una vez aprobados, también puede considerarlos un proyecto legislativo y tramitarlo, para su ulterior conversión en ley, por el procedimiento de urgencia.

En principio, siguiendo el régimen jurídico establecido en el artículo 86 de la Constitución, la circunstancia que habilita al gobierno para ejercitar esta potestad normativa sin previa intervención del Poder Legislativo, denominada "supuesto de hecho habilitante", presupone la existencia de una "extraordinaria y urgente necesidad", sin embargo, esa situación ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional no como una circunstancia de genuina excepción, sino como una mera situación imprevista que requiere pronta actuación; es decir, la "extraordinaria y urgente necesidad" ha quedado asimilada, por obra del intérprete

¹ El *nomen iuris* de las disposiciones normativas colegiadas emitidas por el Consejo de Ministros o por el presidente del gobierno siempre van precedidas del adjetivo "Real" como consecuencia de su promulgación (en el caso de los reales decretos-leyes) o expedición (en el caso de los reales decretos del Consejo de Ministros) por el jefe de Estado. Se diferencian así de los decretos-leyes y decretos autonómicos, a los que no precede el título "real", al ser promulgados por el presidente de la comunidad autónoma.

supremo de la Constitución, a la conveniencia de intervención normativa de urgencia en aquellos supuestos que no admiten la dilación del trámite parlamentario legislativo.

En contrapartida, la Constitución les prohíbe regular las más relevantes materias reservadas a la ley: instituciones básicas del Estado; derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I de la Constitución; régimen de las comunidades autónomas, y derecho electoral general. Por otra parte, debemos precisar que, debido a la tolerancia hacia algunas prácticas gubernamentales y parlamentarias poco respetuosas con el principio de calidad en la técnica legislativa, la utilización del real decreto-ley se ha generalizado e incluso extendido de manera más o menos consciente a supuestos dudosos o ajenos al de hecho habilitante interpretado por el Tribunal Constitucional.

El *iter* normativo en casos fronterizos entre lo admisible y lo no permitido podría describirse de la siguiente forma: se aprueba el real decreto-ley; una vez convalidado por el Congreso de los Diputados e interpuesto el recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, se tramita como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia con la misma o parecida regulación. Cuando al cabo de los años el Tribunal Constitucional procede a declarar la inconstitucionalidad del real decreto-ley, necesariamente tendrá que reconocer la pérdida del objeto procesal del recurso de inconstitucionalidad al haber sido derogado por la ley que lo reemplazó.

Respecto a los reales decretos, en particular, los que declaran los estados excepcionales previstos en la Constitución, debe advertirse que, según la jurisprudencia constitucional, pese a su rango formalmente reglamentario, adquieren rango y fuerza de ley una vez que el Congreso de los Diputados autoriza su prórroga. Desde el punto de vista del control jurisdiccional, ello produce la consecuencia de excluir la posibilidad de controles *ultra vires* en manos del Tribunal Supremo y acentuar el monopolio del Tribunal Constitucional para enjuiciar en vía directa los decretos aprobatorios de la declaración de estados excepcionales.

Como se afirma en los fundamentos jurídicos 9 y 10 de la sentencia 83/2016, "[...] el acto de autorización parlamentaria de la prórroga del estado de alarma no es un mero acto de carácter autorizatorio", puesto que tiene "un contenido normativo o regulador (ya en cuanto hacen suyos el alcance, condiciones y términos del estado de alarma o de excepción fijados o solicitados por el Gobierno, ya en cuanto la propia Cámara directamente los establece o introduce modificaciones en los propuestos)" (STC 83/2016, F. J. 7 y 9).

Acerca de esta construcción jurisprudencial, concluye el supremo intérprete de la Constitución:

la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley. Y, en consecuencia, queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma [STC 83/2016, F. J. 10].

1.3. El impacto normativo de la Covid-19: provisionalidad, generalidad, cogobernanza y dimensión europea

A propósito de la expresión "legislación incontinente" de Ortega y Gasset (el Estado "se ha convertido en una ametralladora que dispara leyes"), García de Enterría afirmaba hace 15 años que "muchas veces se ha escrito sobre la inundación legislativa que la sociedad contemporánea se ve obligada a soportar" (García de Enterría, 2004, p. 3). La aprobación impulsiva de disposiciones legales y reglamentarias por cuatro niveles de poder (europeo, central, autonómico y local) forma parte de nuestro desordenado sistema de producción normativa, tan inclinado a la cantidad, como advierte el Consejo de Estado al final de sus dictámenes, y no siempre a la calidad.

Ahora bien, a pesar de no tratarse de un fenómeno nuevo, en verdad, nadie pudo prever el desafío que se le avecinaba al mundo del derecho al inicio del año 2020, como consecuencia de la grave crisis sanitaria surgida por doquier,

pero con particular incidencia en Estados como España (Italia y México), lo que transformó la célebre legislación motorizada de Carl Schmitt en una interminable explosión de leyes; los 10 códigos legislativos electrónicos publicados por el *Boletín Oficial del Estado* –uno de ellos es el Código de Derecho Europeo, Estatal y Autonómico, con mil 853 páginas (al 10 de julio de 2020) y 251 normas– nos dan una provisional y parcial idea de la selva legislativa generada en España por el gobierno y el Parlamento a partir de la aprobación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 (BOE 2020a), cuya prórroga fue autorizada hasta seis veces por el Congreso de los Diputados.

Esta transformación cuantitativa del ordenamiento jurídico se presenta, además, como una masiva recopilación diaria de un derecho de urgencia, provisional y temporal, en todo caso, ajena al carácter duradero que se predica del genuino derecho y, en particular, de una fundamentación anclada en un sólido sistema de principios informadores del ordenamiento jurídico, tal como ha sido defendido en el último siglo por autores de escuelas jurídicas tan diversas como Santi Romano o García de Enterría. Muchas normas son una simple, parcheada e inmediata reforma o complemento de las anteriores, cuya vigencia probable se ha mantenido o se mantiene sólo durante el tiempo que media hasta la aprobación de la siguiente norma reguladora de la "nueva normalidad" creada por el gobierno o, en última instancia, lo que se tarde en hallar la esperada vacuna o el eficaz tratamiento terapéutico contra el virus.

De manera simultánea a la finalización del estado de alarma, y con efectos desde el 21 de junio de 2020, el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, regula la denominada declaración de crisis, complementaria a la declaración de pandemia internacional con situación de emergencia emitida el 11 de marzo de 2020 por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Según el artículo 2.3 del Real Decreto-ley 21/2020, una vez finalizada la prórroga del estado de alarma establecida por el Real Decreto

555/2020, del 5 de junio, las medidas contenidas en los capítulos II, III, IV, V, VI y VII y en la disposición adicional sexta del real decreto-ley serían de aplicación en todo el territorio nacional "hasta que el Gobierno declare de manera motivada y de acuerdo con la evidencia científica disponible, previo informe del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19" (BOE, 2020p).

Como excepción a la regla general de improvisación y provisionalidad que parece caracterizar a la ingente producción normativa causada por la pandemia, queda el testimonio aislado de pocas normas, posiblemente aquellas relacionadas con contenidos relevantes del programa de gobierno presentado por el candidato a presidente en la sesión de investidura, entre las cuales cabe citar el Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece con vocación de permanencia el ingreso mínimo vital (BOE 2020o), que en esta materia específica cuenta con un consenso parlamentario tácito para su permanencia en el tiempo. En otros casos, se trata de modificaciones normativas cuya vocación de perdurabilidad deriva de la experiencia adquirida por el gobierno en la gestión de la Covid-19, por ejemplo, el propio Real Decreto-ley 21/2020 en el que el legislador gubernamental (o gobierno legislador) reconoce la existencia de un déficit legislativo y anuncia un proceso de reformas legislativas de carácter duradero:

[...] la amplitud y gravedad de esta crisis sanitaria han puesto de manifiesto determinadas carencias en la regulación contenida en nuestra legislación ordinaria, al margen de la declaración del estado de alarma, para hacer frente a crisis sanitarias de esta o similar naturaleza. Por ello se considera también necesario acometer una serie de modificaciones puntuales de la legislación sanitaria de modo que se garantice a futuro la articulación de una respuesta eficaz y coordinada de las autoridades sanitarias ante este tipo de crisis [BOE, 2020p].

En todo caso, la técnica normativa, que resulta ser siempre un factor esencial para la vocación regulativa de las normas (García-Escudero, 2005, pp. 121-123), no se ha visto favorecida en este proceso por las aportaciones que hubieran podido provenir del supremo órgano consultivo del gobierno, el Consejo de Estado, al que,

en atención a su prestigio y función constitucional (Rubio Llorente, 2006, pp. 33-37), se le debió dar más peso.²

Si tuviéramos que hacer una caracterización global de la frenética producción legislativa raíz de la pandemia, materializada en numerosos decretos-leyes y en decenas de normas reglamentarias de inferior rango, destacaríamos tres rasgos: a) el impacto material en el conjunto del ordenamiento jurídico; b) la improvisación de un sistema de cobernanza entre el Estado y las comunidades autónomas adaptado a la crisis, y c) el haber contribuido a eclipsar, un tanto injustificadamente, la percepción de la Unión Europea como un actor político dotado de competencias y recursos para enfrentar una crisis sanitaria de impacto global como la que padecemos. Veámoslo más despacio.

a) En cuanto a la amplitud del impacto en el sistema jurídico, considerado tanto en su dimensión general como sectorial, pocos ámbitos materiales de la producción normativa han quedado inmunes –utilizando terminología sanitaria– a la aceleración de la actividad legislativa. Respecto a las normas de carácter

² Como reconoce el propio Consejo de Estado en la página principal de su sitio web (www.consejo-estado.es), sólo se han dictaminado las siguientes normas relacionadas con el estado de alarma (algunas son anteriores a la declaración del Estado o tienen un contenido muy singular, como el relativo a la cancelación del Mobile World Congress en Barcelona): Proyecto de Orden Ministerial por la que se desarrollaba el artículo 34 del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al Covid-19 (Dictamen 266/2020); Anteproyecto de Ley que modifica la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, para intensificar las reducciones de emisiones de manera eficaz en relación con los costes, en un contexto en que el precio de los derechos de emisión ha sufrido una reducción como consecuencia de la pandemia (Dictamen 275/2020); Dictamen en el que se ha reconocido la estricta necesidad de aprobar el texto refundido de la Ley Concursal, a la vista de la grave situación económica derivada de la crisis del Covid-19 (Dictamen 1.127/2019); Expedientes referidos a Proyectos de Circulares del Banco de España para adaptarse a las comunicaciones de la Autoridad Bancaria Europea, que introducía cambios en los estados financieros de las entidades de crédito motivados por el Covid-19 (Dictamen 281/2020); Expediente relativo al Proyecto de Real Decreto por el que se acuerda transigir con el Groupe Speciale Mobile Association, respecto a las consecuencias derivadas de la cancelación del Mobile World Congress en Barcelona a causa del Covid-19, previsto entre el 24 y el 27 de febrero de 2020 (Dictamen 285/2020); Dictámenes sobre el Real Decreto para la eliminación de residuos mediante depósito en vertederos (Dictamen 286/2020, de 11 de junio), que ha tenido continuidad con el Dictamen 338/2020, tramitado de urgencia, en que se ha examinado la incorporación de una nueva disposición adicional segunda al Real Decreto para regular la gestión de residuos asociados al Covid-19; y Dictamen 296/2020 sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se adoptan medidas extraordinarias en el sector del vino, para hacer frente a la crisis causada por la pandemia del Covid-19.

general, deben reseñarse, además del Real Decreto 463/2020, los sucesivos reales decretos-leyes aprobados para procurar la reconstrucción económica y social.

Algunos se caracterizan por su impacto directo en el sistema de salud, como el Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública (BOE, 2020b), o el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 (BOE, 2020p). Otros asumen un contenido sectorial y técnico, como los relativos a los aplazamientos tributarios, por ejemplo, el Real Decreto-ley 14/2020, de 14 de abril, por el que se extiende el plazo para la presentación e ingreso de determinadas declaraciones y auto-liquidaciones tributarias (BOE, 2020j).

La mayoría innova, como decimos, con ese carácter de urgencia, aspectos fundamentales de las leyes sustantivas o procedimentales vigentes que afectan al orden económico y social, siempre vinculados al estado de alarma declarado y prorrogado, así ocurre con el Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del Covid-19 (BOE, 2020c); el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19 (BOE, 2020d); el Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del Covid-19 (BOE, 2020e); el Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se reguló un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el Covid-19 (BOE, 2020f), norma que permitió inducir el coma de la actividad económica durante la Semana Santa de 2020 y la semana previa; el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, de medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al Covid-19 (BOE, 2020g); el Real Decreto-ley 12/2020, de 31 de marzo, de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género (BOE, 2020h); el Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas

medidas urgentes en materia de empleo agrario (BOE, 2020i); el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo (BOE, 2020k); el Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo (BOE, 2020n); el Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del Covid-19 (BOE, 2020ñ); el Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital (BOE, 2020o); el Real Decreto-ley 22/2020, de 16 de junio, por el que se regula la creación del Fondo Covid-19 y se establecen las reglas relativas a su distribución y libramiento (BOE, 2020q); el Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica (BOE, 2020r), o el Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial (BOE, 2020r).

Por su incidencia en principios rectores constitucionalizados en el capítulo III del título I de la CE, en esta normativa de urgencia debemos detenernos especialmente, por su gran impacto social, en la protección de los inquilinos (préstamos para hacer frente a la renta y prórroga de los contratos de arrendamiento) regulada en los reales decretos-leyes 8/2020, del 17 de marzo, y 11/2020, del 30 de marzo, cuyos respectivos articulados concretan las medidas complementarias de carácter social y económico para hacer frente al Covid-19, con el fin de tutelar los hogares más vulnerables: suspensión de las obligaciones derivadas de los contratos de crédito sin garantía hipotecaria, aplazamiento temporal y extraordinario en el pago de la renta o condonación total o parcial de la misma. Ambos reales decretos-leyes fueron reformados por el Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del Covid-19 en los ámbitos de transportes y vivienda (BOE, 2020t).

Debido a su carácter sectorial y su relación con servicios públicos esenciales, debemos mencionar también los relativos a la suspensión de la actividad judicial y otras medidas conexas: Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas

procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE, 2020l); así como la actividad cultural: Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social de la Covid-2019 (BOE, 2020m).

También con carácter general, se debe mencionar el empeño de configuración normativa de la situación posterior al estado de alarma a partir del inefable concepto "nueva normalidad", que choca de manera frontal con las construcciones teóricas en torno a las categorías de normalidad y normatividad que iluminan la obra de autores tan conocidos como Herman Heller, Manuel García-Pelayo o Konrad Hesse. En la rúbrica "Transición hacia una nueva normalidad", en el *Boletín Oficial del Estado*, han aparecido, en efecto, un número interminable de reglamentos aprobados por los ministerios en la forma normativa de orden ministerial de los más variados aspectos: sanidad, medicamentos, alimentos, inmigración, fronteras, coordinación policial, entidades locales, seguridad social, abastecimiento de agua, justicia, transportes, navegación marítima, aeronaves, industria, relaciones laborales, comercio, vivienda, servicios, turismo, cultura, centros penitenciarios, dependencia, aduanas, archivos, fuerzas armadas, acción exterior y un largo etcétera.

b) En lo que se refiere al sistema de cogobernanza de la crisis, compartida entre el Estado y las comunidades autónomas, debe reseñarse la Orden SND/387/2020, de 3 de mayo, por la que se regula el proceso de cogobernanza con las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla para la transición a una nueva normalidad (Orden SND/387/2020).

Se trata de una norma que merece un comentario por su impacto territorial en las competencias de los entes autonómicos y locales. Tales competencias se han visto sometidas a una técnica de centralización de urgencia, como consecuencia lógica de la declaración del estado de alarma prorrogado de manera sucesiva; esta centralización ha ido acompañada de una técnica de coordinación plasmada en una serie de videoconferencias dominicales celebradas con la presencia del presidente del gobierno y de los presidentes de las comunidades autónomas

y de las ciudades autónomas, al amparo del indefinido título jurídico de la gobernanza.

La norma fue aprobada y aplicada en un intento de emular la Conferencia de Presidentes de las Comunidades Autónomas, un órgano básico de cooperación multilateral que hasta la aparición de la crisis sólo se había reunido en seis ocasiones. Es una lástima que no se haya aprovechado la sazón para reformar el reglamento interno de ese órgano multilateral (Reglamento Interno de la Conferencia de Presidentes, 2017), o, al menos, para conectar la novedosa forma telemática de cooperación con las posibilidades abiertas por los artículos 17 (medios electrónicos válidos: correo electrónico, audioconferencias y videoconferencias) y 146 de la Ley 40/2015, de 1o. de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

En medio de recurrentes críticas de las comunidades autónomas por cuestiones de forma y de fondo, las videoconferencias, programadas los domingos por la mañana, fueron justificadas de manera reglamentaria –con la cobertura del artículo 4.2, inciso d, del Real Decreto 463/2020– como contenido de un aparente "proceso de cogobernanza" que la Orden SND/387/2020 regula de manera "lagunosa" y un tanto incoherente.

Además de dar información acerca de la toma centralizada de decisiones en ámbitos que las comunidades autónomas han seguido gestionando directamente (sanidad, servicios sociales, educación), en el foro virtual se pudo dar audiencia a éstas en cuestiones de relevante impacto económico-financiero, como la regulada en el Real Decreto-ley 22/2020, de 16 de junio, por el que se regula la creación del Fondo Covid-19 y se establecen las reglas relativas a su distribución y libramiento (BOE, 2020q).

Según la Orden SND/387/2020, al amparo del Plan para la transición a una nueva normalidad aprobado el 28 de abril de 2020, en el que se establecen los principales parámetros e instrumentos para la adaptación del conjunto de la sociedad a la nueva normalidad, la "decisión sobre el avance o retroceso en los diferentes territorios a través de las distintas fases corresponderá al Ministro

de Sanidad" mediante "un proceso de gobernanza conjunta o cogobernanza con las comunidades y ciudades autónomas, en el que ambas instituciones actuarán en permanente diálogo bajo los principios de cooperación y colaboración", con decisiones finales que "se tomarán a partir de la evaluación conjunta del panel de indicadores previsto en el Plan y considerando todos los factores que pueden influir sobre la evolución de la epidemia".

Se concretaba para tal fin que "la unidad territorial de referencia que se fija es la provincia, la isla o la ciudad autónoma", aunque "podrán proponerse ámbitos de aplicación diferenciados en unidades de nivel territorial distinto". Según el artículo 5.2 de la Orden SND/387/2020, de manera motivada, podrán establecerse ámbitos de aplicación diferenciados en unidades territoriales distintas, en cuyo caso las propuestas deberán especificar: i) las razones por las que se considera que el territorio en cuestión tiene condiciones de homogeneidad que aconsejan un tratamiento común del mismo y diferenciado del resto de la provincia o de la comunidad autónoma y ii) las garantías de movilidad y aislamiento que se aplicarían en ese territorio respecto al resto de la provincia o la comunidad autónoma.

Asimismo, en el marco de esta ficticia cogobernanza, que más bien debe calificarse como mera aplicación del principio de coordinación en el ejercicio de las competencias gubernamentales habilitadas por la declaración del estado de alarma, se reguló el procedimiento para que las comunidades autónomas y las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla pudieran reasumir de forma progresiva sus competencias constitucionales, dando traslado al Ministerio de Sanidad de "propuestas específicas de desescalada en sus territorios de acuerdo al esquema orientativo previsto en el citado Plan, así como plantear alguna actividad no contemplada entre las actividades permitidas en las diferentes fases" (Orden SND/387/2020).

Respetando este profuso –y a veces confuso– marco normativo del Estado, que ha sido exento de impugnaciones constitucionales por parte de los entes territoriales, la centralización de competencias no ha impedido la aprobación de

cientos de normas autonómicas con rango de ley y rango reglamentario, cuyo articulado ha complementado el régimen estatal, principalmente en materia económica, sanitaria, educativa y social.

Reasumidas parcialmente sus competencias, las comunidades autónomas se someten al bloque de constitucionalidad en materia sanitaria, en cuyo contenido, además de la Constitución y su Estatuto de Autonomía, destaca el protagonismo normativo de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública y, en particular, el régimen de autorización judicial que esta norma establece con remisión al artículo 8.5 de la Ley 29/1998 de la jurisdicción contencioso administrativa: "corresponde a [los] Juzgados de lo contencioso la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental", por ejemplo, en los casos de confinamientos territoriales.

Una vez finalizada la prórroga del estado de alarma establecida por el Real Decreto 555/2020, del 5 de junio, según dispone el artículo 2.3 del Real Decreto-ley 21/2020, del 9 de junio, las medidas contenidas en los capítulos II, III, IV, V, VI y VII y en la disposición adicional sexta han sido de aplicación en todo el territorio nacional "hasta que el Gobierno declare de manera motivada y de acuerdo con la evidencia científica disponible, previo informe del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19".

Para ese momento final vinculado a la disponibilidad de una vacuna o de remedios terapéuticos eficaces, se preveía que el gobierno consultara a las comunidades autónomas en el marco institucional ordinario de relación intergubernamental multilateral: "en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud con carácter previo a la finalización de la situación de crisis sanitaria a que se refiere el párrafo anterior" (BOE, 2020p).

En cuanto a la fundamentación constitucional de las medidas extraordinarias de crisis aplicables a situaciones posteriores a la vigencia del estado de alarma,

el gobierno y el Parlamento han debido invocar títulos competenciales ordinarios y, por tanto, distintos a los previstos en el artículo 116 de la Constitución.

Así, conforme a la Disposición final 6a. del Real Decreto-ley 21/2020, los títulos competenciales han sido: artículo 149.1.16.a. (competencia estatal en materia de sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad y legislación sobre productos farmacéuticos); 149.1.21.a. (ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una comunidad autónoma); 149.1.20.a. (marina mercante); 149.1.20.a. (aeropuertos de interés general y puertos de interés general); 149.1.13.a. (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica); 149.1.14.a. (hacienda general y deuda del Estado, respectivamente), y 149.1.8.a. (ordenación de los registros e instrumentos públicos).

c) Por lo que se refiere a la sensación de eclipsamiento de la Unión Europea en el proceso de incontenible producción normativa, son muchos los autores y los actores políticos que han lamentado la casi desaparición de la iniciativa y el impacto normativos y competenciales de aquélla durante la crisis de la Covid-19, como si ésta hubiera interrumpido abruptamente el general fenómeno de expansión y extensión (Weiler) que se inició hace varias décadas a costa de las potestades del Estado y de las comunidades autónomas. Según esta opinión, presente en una parte significativa de lo que es ya una ingente producción académica, la pandemia habría consolidado la misma parálisis decisoria en la que la Unión habría incurrido durante los últimos años en cuestiones fundamentales como la política sobre refugiados, la crisis del euro, la cohesión territorial o la acción exterior. En el siguiente apartado intentamos explicar que se trata de un punto de vista un tanto exagerado, por cuanto la regulación normativa aprobada por las instituciones europeas la relativiza en muy buena medida.

2. La dimensión constitucional europea de la Covid-19

Más de 70 normas y decisiones de las instituciones de la Unión Europea, ya incluidas en su derecho, y, en particular, el Programa de Compras de Emer-

gencia para Pandemias, financiado con más de 750,000 millones de euros, demuestran la iniciativa y capacidad de adaptación de la instancia supraestatal europea en el marco de las competencias atribuidas por el Tratado de la Unión Europea (TUE) y por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Encontramos esa relevante dimensión del proceso jurídico de la Covid-19, de manera evidente, en el caso de los reglamentos, directivas y decisiones en materia de exportaciones, medio ambiente, agentes biológicos, lucha contra el desempleo, productos sanitarios y agrícolas, operaciones de financiación del Euro-sistema, alimentos, pesca, acuicultura, servicios turísticos, protocolos sanitarios en los establecimientos de hostelería, servicios de transportes y conectividad, libertad de circulación y levantamiento de los controles en las fronteras interiores, etc.³ Además, se han suspendido *de iure* las normas europeas de estabilidad presupuestaria y *de facto* algunas restricciones constitucionales de los Estados miembros (artículo 135 de la CE).

³ Valgan como ejemplos el Reglamento de Ejecución (UE) 2020/858 de la Comisión de 18 de junio de 2020; la Decisión (UE) 2020/768 del Consejo de 9 de junio de 2020; el Reglamento de Ejecución (UE) 2020/750 de la Comisión de 5 de junio de 2020; el Reglamento de Ejecución (UE) 2020/745 de la Comisión de 4 de junio de 2020 por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1042 en lo que respecta al aplazamiento de las fechas de aplicación de determinadas medidas en el contexto de la pandemia de Covid-19; el Reglamento de Ejecución (UE) 2020/746 de la Comisión de 4 de junio de 2020 por el que se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947 en lo que respecta al aplazamiento de las fechas de aplicación de determinadas medidas en el contexto de la pandemia de Covid-19; la Directiva (UE) 2020/739 de la Comisión de 3 de junio de 2020 por la que se modifica el anexo III de la Directiva 2000/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la inclusión del SARS-CoV-2 en la lista de agentes biológicos que son patógenos humanos conocidos, así como la Directiva (UE) 2019/1833 de la Comisión; el Reglamento (UE) 2020/672 del Consejo de 19 de mayo de 2020 relativo a la creación de un instrumento europeo de apoyo temporal para atenuar los riesgos de desempleo en una emergencia (SURE) a raíz del brote de Covid-19; el Reglamento Delegado (UE) 2020/592 de la Comisión de 30 de abril de 2020 por el que se establecen medidas excepcionales de carácter temporal que autorizan excepciones a determinadas disposiciones del Reglamento (UE) no. 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo para hacer frente a la perturbación del mercado causada por la pandemia de Covid-19 en el sector de las frutas y hortalizas y en el sector vitivinícola; el Reglamento (UE) 2020/560 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2020 por el que se modifican los Reglamentos (UE) no. 508/2014 y (UE) no. 1379/2013 en relación con medidas específicas para atenuar el impacto del brote de Covid-19 en el sector de la pesca y la acuicultura; o el Reglamento de Ejecución (UE) 2020/466 de la Comisión de 30 de marzo de 2020 sobre medidas temporales destinadas a contener los riesgos para la salud humana, la salud animal, la sanidad vegetal y el bienestar de los animales durante determinadas disfunciones graves de los sistemas de control de los Estados miembros debidas a la enfermedad por coronavirus (Covid-19).

2.1. La Constitución económica europea y las herencias de la crisis de 2008. Una ciudadanía sin memoria, una política sin liderazgos y una Europa sin partidos

Las primeras reflexiones que cabría realizar acerca del impacto normativo de la Covid-19 en la Constitución económica europea derivan de su vinculación con las herencias de las crisis financieras y económicas de 2008: las reformas constitucionales acerca de la regla de oro de la estabilidad presupuestaria y la aprobación europea del techo de gasto o el diálogo jurisdiccional acerca de las competencias del Banco Central Europeo (BCE). Como primer contenido susceptible de análisis para la constitucionalidad europea debe aludirse al agravamiento de los problemas de la deuda y al déficit de los Estados del sur (Portugal, España, Italia y Grecia), principalmente por el evidente riesgo para los principios constitucionales europeos de solidaridad, integración y cohesión.

Se debe considerar también el contexto político de muchos gobiernos nacionales condicionados por la falta de adhesión de una parte de sus ciudadanos al proceso de integración europea. La desafección de sectores de la ciudadanía está en la base, y a la vez es consecuencia, de crispados debates políticos (inmigración, reformas estructurales, presupuestos) en los que se manipula peligrosamente el concepto de identidad constitucional europea y nacional con fines electorales (Fabbrini y Sajó, 2019, pp. 470-473), tal es el caso de la utilización propagandística de cuestiones de gran impacto político o mediático, como la mutualización de la deuda soberana de los Estados miembros por parte del Banco Central Europeo.

Tanto el agravamiento de la situación económica y financiera de los Estados como el citado condicionamiento del contexto político son factores que, a nuestro entender, resultan decisivos para comprender el contexto en el que parece haber resurgido la vieja pugna acerca del valor de las resoluciones jurisdiccionales de las máximas instancias de cada uno de los Estados miembros y su engarce con el de las adoptadas por el Tribunal de Justicia de la Unión. El caso paradigmático en el que se piensa es el de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (TCF) del 5 de mayo de 2020.

Los problemas planteados por el inestable y complejo equilibrio de poderes entre los Estados y la Unión Europea como consecuencia de las crisis financieras y económicas de 2008 son un presupuesto de los que se abren ahora a raíz del Programa de Compras de Emergencia⁴ sobre el que gravita la mencionada sentencia del TCF y los numerosos comentarios y reacciones que ésta ha suscitado.

En un número significativo de casos, se trata de análisis superficiales, interesados o, en algunos supuestos, desconocedores de la verdadera naturaleza jurídica de la Unión Europea: son superficiales por pretender hacer decir a la sentencia del TCF cosas que no se extraen de ella; son interesados porque traducen de manera indisimulada y por inercia la lucha política y electoral que, con rasgos de fragmentación e inestabilidad, ha invadido la escena política europea, y resultan, en fin, desconocedores de la verdadera naturaleza jurídica de la Unión Europea, al pretender cargar sobre las instituciones europeas la responsabilidad de la falta de liderazgo de la que adolecen bastantes de los actuales gobiernos de los Estados miembros.

En el fondo, podría tratarse de una (nueva) crisis de la identidad cultural europea, fraguada en el contexto de una ciudadanía que parece haber olvidado los evidentes beneficios económicos, sociales y de seguridad resultantes de la integración europea iniciada hace más de siete décadas. Esta amnesia, que parece estar presente en las generaciones más jóvenes, va de la mano de una política europea fragmentada, la falta de partidos con la vocación europea de antaño, y carente, sobre todo, de auténticos liderazgos –salvo alguna excepción en retirada–, dispuestos a impulsar el tránsito hacia nuevas fronteras constitucionales. A falta de decisiones políticas relevantes y sin la inspiración de los valores seculares que fundamentaron los grandes momentos de la historia de la integración

⁴ Las amplias competencias atribuidas formalmente a la Unión Europea han resultado ser difíciles de ejercitar en la práctica. Según Leino-Sandberg y Saarenheimo (2017, pp. 187-189), esta dificultad es consecuencia de los límites fundamentales del uso legítimo del poder de la Unión Europea sobre sus Estados miembros, debido a su nivel actual o integración política y cultural. En sentido contrario, véase la sentencia Gauweiler (2012) del TCF y la STJUE (Gran Sala) de 16 de junio de 2015.

européa, la resolución de los problemas comunes de Europa ha terminado por residenciarse de forma indebida en las sedes jurisdiccionales nacionales y europeas, empantanadas en un diálogo acerca de la identidad al que sólo podría poner fin una conferencia intergubernamental con verdadera voluntad constitucional (Martínez, 2019, pp. 355-358).

Se debe añadir, sin embargo, que la crisis sin precedentes surgida a raíz de la Covid-19, pese a la aludida sentencia del 5 de mayo de 2020 del TCF, y a los análisis catastrofistas de los voceros que se han rasgado las vestiduras, no se le impide a la Unión Europea aprobar, financiar y disponerse a ejecutar un plan de reconstrucción europea de los Estados más afectados, plasmado en particular en el Programa de Compras de Emergencia para Pandemias.

2.2. La sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Alzar la voz con orientaciones preventivas y exhortativas en el lenguaje de Karlsruhe, pero aceptando la realidad (el diálogo continúa...)

Debe explicarse como antecedente de la sentencia del 5 de mayo de 2020 que, con el fundamento dogmático del principio de unidad del Estado y de las tesis monistas del ordenamiento jurídico, el TCF siempre ha recordado que el Estado alemán es señor de los tratados y que la sede jurisdiccional de Karlsruhe debe ejercer su función constitucional de guardián y de supremo intérprete de la Constitución de Alemania.

Una cosa es que la Unión Europea (antes, las Comunidades Europeas) y, en particular, su Tribunal de Justicia tengan atribuidas potestades y competencias en exclusividad sobre el derecho de la Unión Europea, y otra muy distinta es la estricta vigilancia y defensa de la constitucionalidad alemana y el derecho a la última palabra que el TCF ejerce a instancia de parte (ciudadanos alemanes) cuando esas potestades y competencias puedan estar siendo ejercitadas en zonas grises que la *Grundgesetz* no legitima, o bien cuando la identidad constitucional alemana, los poderes de los órganos del Estado alemán o los derechos de los ciudadanos son socavados.

Las sentencias más conocidas del TFC en el ejercicio de su función de guardián de la constitucionalidad alemana y de unidad del ordenamiento jurídico han sido las conocidas como *solange* (en alemán, significa "en tanto que"): Karlsruhe se abstendría de ejercitar el control del derecho derivado de la Unión Europea "en tanto que" el sistema comunitario fuera respetuoso de las condiciones de la integración y las competencias atribuidas –control *ultra vires*–, el estándar alemán de protección de los derechos fundamentales o la vigencia del principio democrático.

La saga de decisiones Solange I, de 1974; Solange II, de 1986; Solange III, de 2016, y Maastricht-Urteil, de 1993, culminan en la sentencia Lisboa 2009, en la cual queda confirmada la función de Alemania como guardián de los tratados, y establecida una "garantía de eternidad" indisponible para los órganos del Estado alemán; todo ello, al socaire de un control de identidad constitucional que viene a ser un aviso de que si las instituciones europeas se exceden de sus competencias, el derecho de la Unión Europea no sería susceptible de aplicación dentro del Estado alemán.

Con estos antecedentes, llegamos al año 2012 en un contexto de crisis financiera, presupuestaria, económica y de prima de riesgo de varios Estados miembros (entre ellos, España), que ponía en peligro la supervivencia de la unidad monetaria europea y, quizá, de la propia Unión Europea. En esas circunstancias, el Banco Central Europeo tomó la iniciativa, mediante las OMT (*outright monetary transactions*, o compras monetarias directas o compras masivas de deuda pública en el mercado secundario, de 2012), de comprar en los mercados secundarios, y sin límite, deuda pública de los Estados miembros con problemas. ¿Esta iniciativa estaba amparada por los tratados?

Los recursos de amparo de ciudadanos alemanes ante el TFC fueron seguidos del planteamiento por el Tribunal de Karlsruhe (por vez primera en su historia) de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia (TJUE). En respuesta a dicha solicitud, el TJUE dictó en 2015 la sentencia Gauweiler y otros sobre las OMT, que pronto se hizo famosa en medios políticos, académicos y periodísticos (el conjunto de resoluciones del TCF y del TJUE acerca de este asunto

se denomina "saga Gauweiler"), a la que siguió en 2018 la sentencia Weiss sobre el PSPP (European Central Bank's Public Sector Purchase Programme, de 2015), un programa de compra de bonos soberanos y corporativos. En las sentencias (STJUE 2015 y 2018), el TJUE realizó un análisis interpretativo del control constitucional de identidad y *ultra vires* en relación con los límites competenciales de la Unión Europea favorable a algunas decisiones del BCE dirigidas a salvar el euro y las necesidades de financiación de algunos Estados (Tuominen, 2018, pp. 186-204).

En respuesta a la doctrina de las resoluciones de la sentencia Gauweiler del TJUE, el TCF alemán afirmó que el equilibrio de competencias y de poderes legislativos, ejecutivos y jurisdiccionales (artículos 4.3, 5 y 19 del TUE; 123, 267 y 344 del TFUE), sólo se restablecería una vez que el TJUE garantizara que el programa *de* compras monetarias directas o de compras masivas de deuda pública en el mercado secundario consistía simplemente en un mecanismo de apoyo para las políticas económicas de la Unión Europea, sin vinculación con la política de estabilidad de la Unión Económica y Monetaria y sin merma de la política económica de competencia exclusiva de la primera.

Según la configuración jurisprudencial del TFC en su sentencia del 21 junio de 2016, fallada un año después de la dictada por el TJUE al resolver la cuestión prejudicial, para que el BCE pueda desarrollar el referido programa de compras, el Bundesbank sólo puede ejecutarlo si la decisión del BCE cumple con las condiciones señaladas por el TJUE para que no exista una situación *ultra vires*. De manera resumida, las condiciones son a) que los bonos para adquirir tengan acceso a los mercados y que haya un periodo entre la emisión y la venta de los títulos y el inicio del proceso de compras por el Eurosistema; b) que los bonos se revendan en el mercado en cuanto sea posible; c) que no se anuncien previamente las intervenciones concretas, y d) que las intervenciones sólo sean aprobadas si se cumplen los límites exigidos por el BCE.

Como réplica a esta resolución, en 2018, el TJUE declaró en la sentencia Weiss que el subprograma de compras de bonos soberanos en los mercados secundarios es una medida proporcional para mitigar los riesgos derivados de la

evolución de los precios, y que se gestiona al amparo de las competencias del Banco Central Europeo.

No obstante, apremiado por la urgencia de la crisis, el BCE decidió actuar, consciente de que la solución del conflicto verdaderamente constitucional pasa por una reforma de los TUE que se adivina lejana en el tiempo por falta de liderazgo político. Incluso antes de que las sentencias del TJUE fueran dictadas, en 2015 y 2018 –criticadas doctrinalmente por su pobreza argumentativa–, el Banco Central Europeo aprobó, en 2018, el polémico subprograma de compras de bonos soberanos en los mercados secundarios, una medida imitada de Estados Unidos de América que formaba parte del Programa Ampliado de Compras de Activos o APP (Expanded Asset Purchase Programme), cuya ejecución, que no tuvo oposición de los órganos gubernamentales ni parlamentarios alemanes, fue objeto de impugnación de ciudadanos alemanes ante el Tribunal Constitucional Federal.

Con estos antecedentes, el TCF dictó la sentencia del 5 de mayo de 2020 en un escenario de inminente crisis económica provocada por la pandemia en los Estados miembros (con una probable reducción del producto interno bruto de hasta 13% para España en un solo año), varios de ellos bajo la declaración de estados excepcionales y con previsiones económicas a corto y medio plazo que revelan un aumento exponencial del déficit y la deuda públicos, un incremento de la tasa de desempleo (de hasta 10%) y una importante pérdida de los ingresos tributarios, que el BCE pretende afrontar aprobando un paquete de compras de deuda específico por valor de 1.35 billones de euros.

Los fundamentos jurídicos atribuyen a la sentencia del TJUE como vicios materiales arbitrariedad, falta de motivación, de proporcionalidad, de justificación objetiva y de legitimación democrática, y como defectos formales, ser "incomprensible" e incurrir en un vicio de extralimitación por ir más allá de "su mandato judicial". Se trata de una respuesta que ha sido calificada como expresión de un "rechazo frontal a la autoridad del TJUE", de "gravedad insólita" y de "grave infracción de los Tratados de la UE" (Mangas, 2020, p. 15).

2.3. Constitucionalidad e instrumentos de política presupuestaria, monetaria y financiera. Juridificar los nuevos caminos de la integración sin descuidar la convulsa y fragmentada política europea

De manera oficial, la sentencia del TCF del 5 de mayo de 2020 ha provocado sonoros pero simples comunicados de prensa por parte de la Comisión, en los que advierte acerca de la posibilidad de iniciar procedimientos de infracción contra Alemania si el Bundesbank no cumple con sus obligaciones europeas. Y aunque se ha interpretado como una negativa de Karlsruhe a aplicar la doctrina del TJUE y, en particular, la sentencia Weiss, en nuestra opinión, más bien se trata de un recordatorio acerca del carácter insoslayable del principio de proporcionalidad y de otros requisitos concomitantes a los que han de atenerse el BCE y el TJUE; es decir, una reiteración del control *ultra vires* del derecho derivado de la Unión Europea por parte del TFC alemán que, por primera vez, ha adoptado una forma de rechazo nominal –pero no de incumplimiento real–, condicionado a la verificación de determinados requisitos en el marco del siempre abierto diálogo entre ambas jurisdicciones (Wendel, 2017, pp. 163-162; Konstadinides, 2020, pp. 1-3).

El TCF sabe que nada pudo hacer y previsiblemente nada podrá hacer contra las decisiones del Banco Central Europeo y del Banco Federal alemán (siempre leal a la Unión Europea) destinadas a salvar el euro e, indirectamente, la propia unidad europea. De hecho, a pesar de la referida sentencia alemana, se han aprobado hasta 550,000 millones de euros en líneas de liquidez para los Estados (por medio del Mecanismo Europeo de Estabilidad [MEDE]), para las empresas (mediante el Banco Europeo de Inversiones) y como técnica para evitar despidos masivos (mediante el SURE [Support Unemployment Risk Emergency]), todo, ello en desarrollo del Programa de Compras de Emergencia para Pandemias de 750,000 millones de euros.

Así, siguiendo la tradición germana defendida por Konrad Hesse que atribuye al TCF las funciones de ajustar la normatividad constitucional y la realidad política y de intentar juridificar de forma equilibrada los procesos políticos de relevancia constitucional (Hesse, 1983, pp. 21 y ss. y 66) –no podemos olvidar

que se han planteado cuestiones materialmente constitucionales (competencias, controles, presupuestos, instrumentos de política económica, monetaria y financiera: PSPP, MEDE)–, éste alza la voz con un inusual lenguaje jurisdiccional exhortativo y preventivo, quizás necesitado de mayor tiempo de reflexión (Caravita, 2020, pp. 1 y ss.), y reclama (con plazos incluidos) que el BCE –y, de forma indirecta, el gobierno federal alemán y el Banco Federal alemán– actúe en lo sucesivo de forma limitada y respetuosa con los principios de proporcionalidad, necesidad y transparencia, y, además, que el TJUE así lo declare.

En un contexto de convulsa y fragmentada política alemana y europea, desbordada económicamente ya con la crisis de la Covid-19 y ante la posibilidad de que se adopten decisiones estatales y europeas que el TCF sabe que seguramente no va a poder controlar, quizá éste sólo haya asumido su tarea tradicional de juridificar la realidad constitucional, esta vez a título formalmente exhortativo y meramente preventivo, y advertir de los peligros que acechan los nuevos y esperanzadores caminos de la integración europea, como, por otra parte, es su deber y reclaman las circunstancias.

2.4. Implicaciones de la gobernanza europea y el futuro de la Unión Europea. Una oportunidad para la integración

Antes de que surgiera la pandemia de la Covid-19, la doctrina científica mayoritaria del derecho público europeo llevaba más de una década analizando el bloqueo institucional y decisorio de la Unión Europea en materias como las políticas fiscal, migratoria y de refugiados, el medio ambiente, la crisis del euro o la política exterior, en un escenario marcado por la fragmentación política, la reciente salida de Reino Unido o el inquietante poder de los partidos extremistas y antieuropeístas. Atendiendo a los movimientos políticos de los últimos 13 años, y en particular a los resultados electorales del Parlamento Europeo de 2019, doctrinalmente se ha afirmado que el citado bloqueo ha podido generar inseguridad jurídica y disenso, así como una invocación recurrente a la "identidad nacional" por parte de las instancias gubernamentales, parlamentarias y jurisdicciones nacionales.

También se ha afirmado que el alcance y los fines de la integración y, sobre todo, la verdadera entidad de la Unión Europea, su relación con la soberanía de los Estados y los mecanismos de control de sus órganos (Carmona, 2019, pp. 90-92) no han sido bien explicados a los ciudadanos. Además, según se denuncia desde los sectores euroescépticos, la legitimidad de la transferencia de competencias realizada en los TUE estaría en entredicho por no haber sido consentida de manera directa por el pueblo de los Estados miembros.

Partiendo de ese contexto, ¿qué implicaciones constitucionales pueden derivarse de la nueva situación de crisis sanitaria? Respetando las prescripciones metodológicas y las categorías dogmáticas (Bogdandy, 2016, pp. 519-538), la teoría constitucional siempre debe estar atenta a la realidad política, social, económica o técnica, puesto que sólo a partir de un concepto equilibrado de la Constitución es posible conservar un derecho constitucional actualizado, progresar en la juridificación de los nuevos procesos políticos y estatales y, a la vez, ser respetuoso con los irrenunciables principios, valores y contenidos materiales del constitucionalismo.

Con la crisis de la Covid-19, la Unión Europea se ha enfrentado a una situación extraordinaria que, ante la ausencia de alternativas, puede justificar importantes avances en el proceso de integración constitucional europea. No hay obstáculos por parte del TCE, que ha afirmado que la mencionada sentencia no tiene aplicabilidad alguna en el programa de reconstrucción europea activado con motivo de la Covid-19. Prueba de ello es que, después de que la sentencia fuera publicada, el BCE tomó una serie de decisiones de indudable repercusión constitucional en el equilibrio de poderes Estados miembros-Unión Europea: en particular, la de ampliar con 600,000 millones de euros el Programa de Compras de Emergencia para Pandemias hasta 750,000 millones de euros, con una prórroga de las compras hasta 2021 y una reinversión de los pagos hasta finales de 2022.

Suspendidas *de iure* las normas europeas sobre estabilidad presupuestaria y *de facto* en el ámbito constitucional de los Estados miembros, la Unión Europea ha reservado para España 140,000 millones de euros: 77,000 en subvenciones

y 63,000 en préstamos a largo plazo y bajo interés, mientras que la Comisión ha anunciado un presupuesto para el periodo 2021-2027 de 1.1 billones de euros. El 26 de junio, Angela Merkel, canciller de Alemania, aseguró:

En una crisis como la actual, se espera que cada uno de nosotros hagamos lo que sea necesario. Lo necesario en este caso es algo extraordinario. Alemania contaba con un índice de endeudamiento bajo y puede permitirse un mayor endeudamiento en esta situación extraordinaria. Al mismo tiempo, para nosotros es muy importante que mantengamos el programa en consonancia con los Tratados europeos. Hemos dado con ese camino. Y en este contexto por supuesto actuamos también en nuestro propio interés. Redunda en interés alemán que tengamos un mercado único fuerte, que la Unión Europea vaya convergiendo y no se desintegre. Lo que es bueno para Europa ha sido y es bueno para nosotros [López, 2020].

Como diagnosticó Konrad Hesse, la Unión Europea ha transformado las principales categorías del derecho constitucional de los Estados miembros y, según resalta una gran parte de la doctrina iuspublicista, no puede haber aceptación por los ciudadanos ni consensos políticos acerca de la Unión Europea si no se supera la actual fase de indeterminación e indefinición de sus objetivos y de los conceptos utilizados por el Tratado de la Unión Europea, y no sólo porque esa indefinición ya presenta más inconvenientes que ventajas, sino, sobre todo, porque refuerza, en concurrencia con otras causas, la dinámica desintegradora impulsada por las tesis euroescépticas y desintegradoras y por las crisis políticas, económicas e institucionales que vive Europa. El *brexit* o la composición del Parlamento Europeo, que por sólo 2% de diferencia (cercano ya a un parlamento antieuropeo) ha podido designar a la presidenta de la Comisión en 2019, son pruebas patentes de esta realidad.

En la línea de lo declarado por la canciller alemana, son muchos los autores que sostienen que, en la nueva situación, los bloqueos políticos en materias constitucionales (equilibrios de poderes, cohesión, mutualización de la deuda o armonización fiscal) pueden ser letales para el proceso de integración y para la supervivencia del mercado único, y, como consecuencia de ello, que la reforma de los TUE puede convertirse en una necesidad impuesta por la supervivencia y, al mismo tiempo, una oportunidad para fortalecer el proceso de la

integración (Dani, Mendes *et al.*, 2020, pp. 1 y ss.), siempre conforme a un entendimiento multinivel de los poderes y competencias (Pernice, 2015, pp. 559-561).

Asimismo, cabe preguntarse si los conceptos de mayor potencial identitario y excluyente –como la identidad nacional–, que se han situado en el centro de las cuestiones constitucionales acerca de la integración europea para su resolución jurisdiccional (derechos, competencias, normas), podrían ser sustituidos por una mejor delimitación conceptual de la identidad europea o, incluso, por otras categorías, en el marco de una teoría constitucional de la integración construida exclusivamente a partir de las tradiciones constitucionales comunes, del principio de integración y de conceptos verdaderamente jurídicos (Cruz, 2013, pp. 512-513) que den respuestas integradoras a las cada vez más frecuentes situaciones contrarias al principio de convivencia o a la integración estatal, promotoras de la exclusión de minorías o inspiradas en políticas de fragmentación e irreconciliabilidad de los sujetos con presencia en el espacio público.

Con tales tareas pendientes, la nueva situación provocada por la Covid-19 bien podría ser una oportunidad para la reconstrucción económica, pero también para la formalización constitucional pendiente desde hace un cuarto de siglo (Rubio, 1996, pp. 31-33; Duke, 2018, pp. 49-51) y para la regeneración política del proceso de integración.

Fuentes

Bogdandy, A. (2016), "European law beyond 'ever closer union' repositioning the concept, its thrust and the ECJ's comparative methodology", *European Law Journal*, núm. 4, pp. 519-538.

Caravita, B., Condinanzi, M. Morrone, A., Poggi, A. M. (2020), "Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meritato maggiore ponderazione", *Rivista Federalismi.it.*, núm. 14, 13 de junio de 2020, pp. 1-12, disponible en «<https://www.federalismi.it/nv14/editoriale.cfm?eid=557>». [Última fecha de consulta: 12 de julio de 2020].

Carmona Contreras, A. (2019), "Sobre el futuro de la Constitución: proyección y encaje europeos", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 107, pp. 61-92.

Cruz Villalón, P. (2013), "La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 17, pp. 501-514.

Dani, M., Mendes, J., Menendez, A. J., Wilkinson, M., Schepel, H.; Chiti, E. (2020), *At the end of the law: a moment of truth for the Eurozone and the EU*, *VerfBlog*, disponible en: «<https://verfassungsblog.de/at-the-end-of-the-law/>». [Última fecha de consulta: 15 de julio de 2020].

Duke, G. (2019), "European constitutionalism and constituent power", *European Law Review*, núm. 1, pp. 49-65.

Fabbrini, F y Sajó, A. (2019), "The dangers of constitutional identity", *European Law Journal*, núm. 25, pp. 457-473.

García de Enterría, E. (2014), "Los desfallecimientos del legislador", *ABC*, núm. 8, p. 3.

García-Escudero Márquez, P. (2005), "Nociones de técnica legislativa para uso parlamentario", *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 13, pp. 121-164.

Hesse, K. (1983), *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Konstadinides, T. (2020), "The German Constitutional Court's decision on PSPP: Between mental gymnastics and common sense", *U.K. Const. L. Blog*, disponible en «<https://ukconstitutionallaw.org/>». [Última fecha de consulta: 16 de julio de 2020].

Leino-Sandberg, P. y Saarenheimo, T. (2017), "Sovereignty and Subordination: On the Limits of EU Economic Policy Co-ordination", *European Law Review*, núm. 2, pp. 166-189.

López, M. (2020), "Angela Merkel: 'Europa aún no está suficientemente preparada para soportar crisis'", disponible en: «<https://www.lavanguardia.com/internacional/20200626/481956256693/angela-merkel-entrevista-la-vanguardia-europa-coronavirus.html>». [Última fecha de consulta: 16 de julio de 2020].

Mangas Martín, A. (2020), "El Tribunal Constitucional alemán y su 'fuego amigo' sobre el Tribunal de Justicia de la UE y el BCE", Real Instituto Decano, ARI 72/2020, 18 de mayo, disponible en: «<http://www.realinstitutoelcano.org/>». [Última fecha de consulta: 15 de julio de 2020].

Martínez López-Sáez, M. (2019), "A la búsqueda de la identidad constitucional: una aproximación al caso español y europeo en clave de pluralismo constitucional y diálogo judicial", *Revista de Derecho Político*, núm. 105, pp. 315-358.

Pernice, I. (2015), "Multilevel constitutionalism and the crisis of democracy in Europe", *European Constitutional Law Review*, núm. 11-13, pp. 541-562.

Petric, D. (2019), "Game of courts: A tale of principles and institutions", *European Law Journal*, núm. 25-3, pp. 273-291.

Rubio Llorente, F. (1996), "El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa", *REDC*, núm. 48, pp. 9-33.

_____ (2006), "El papel del Consejo de Estado en el control de la calidad técnica de las normas", *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 6, pp. 27-40.

Tuominen, T. (2018), "Aspects of Constitutional pluralism in light of the Gauweiler saga", *European Law Review*, núm. 2, pp. 186-204.

Wendel, M. (2017), "El Tribunal Constitucional Federal alemán entre protección jurídica y exceso competencial. Sobre la eficacia de los controles constitucionales nacionales en tiempos de crisis europea", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 9, pp. 123-162.

BOE (2020a), Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 67 (14 de marzo de 2020).

_____ (2020b), Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 62 (11 de marzo de 2020).

_____ (2020c), Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del Covid-19, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 65 (13 de marzo de 2020).

_____ (2020d), Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 73 (18 de marzo de 2020).

_____ (2020e), Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del Covid-19, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 86 (28 de marzo de 2020).

_____ (2020f), Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el Covid-19, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 87 (29 de marzo de 2020).

_____ (2020g), Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al Covid-19, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 91 (1o. de abril de 2020).

_____ (2020h), Real Decreto-ley 12/2020, de 31 de marzo, de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 91 (1o. de abril de 2020).

_____ (2020i), Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 98 (8 de abril de 2020).

_____ (2020j), Real Decreto-ley 14/2020, de 14 de abril, por el que se extiende el plazo para la presentación e ingreso de determinadas declaraciones y autoliquidaciones tributarias, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 105 (15 de abril de 2020).

_____ (2020k), Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 112 (22 de abril de 2020).

_____ (2020l), Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 119 (29 de abril de 2020).

_____ (2020m), Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del Covid-2019, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 126 (6 de mayo de 2020).

_____ (2020n), Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 134 (13 de mayo de 2020).

_____ (2020ñ), Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del Covid-19, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 150 (27 de mayo de 2020).

_____ (2020o), Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 154 (1o. de junio de 2020).

_____ (2020p), Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 163 (10 de junio de 2020).

_____ (2020q), Real Decreto-ley 22/2020, de 16 de junio, por el que se regula la creación del Fondo Covid-19 y se establecen las reglas relativas a su distribución y libramiento, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 169 (17 de junio de 2020).

_____ (2020r), Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 175 (24 de junio de 2020).

_____ (2020s), Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 178 (27 de junio de 2020).

_____ (2020t), Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del Covid-19 en los ámbitos de transportes y vivienda, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 187 (8 de julio de 2020).

Constitución Española (1978), *Boletín Oficial del Estado*, núm. 311 (29 de diciembre de 1978), España, texto consolidado, disponible en: «<https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf>». [Última fecha de consulta: 16 de julio de 2020].

Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 102 (29 de abril de 1986), disponible en «<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1986-10498>». [Última fecha de consulta: 16 de julio de 2020].

Ley Orgánica 4/1981, de 1o. de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 134 (5 de junio de 1981). España, pp. 12541-12543.

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 167 (13 de julio de 1998), España, texto consolidado, pp. 1-71, disponible en: «<https://www.boe.es/buscar/pdf/1998/BOE-A-1998-16718-consolidado.pdf>». [Última fecha de consulta: 16 de julio de 2020].

Orden SND/387/2020, de 3 de mayo, por la que se regula el proceso de cogobernanza con las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla para la transición a una nueva normalidad, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 123 (3 de mayo de 2020).

Reglamento Interno de la Conferencia de Presidentes, 2017, disponible en: «http://www.mptfp.es/dam/es/portal/politicaterritorial/autonomica/coop_autonomica/Confer_Presidentes/REGL_INTERNO_CP_consolidado_jul2017.pdf». [Última fecha de consulta: 16 de julio de 2020].

STC 83/2016, Sentencia del Tribunal Constitucional 83/2016, de 28 de abril de 2016. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 131 (31 de mayo de 2016), disponible en: «<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2016-5195>». [Última fecha de consulta: 16 de julio de 2020].

STJUE (2015), Peter Gauweiler y otros contra Deutscher Bundestag, sentencia de 16 de junio de 2015, C-62/14, ECLI: EU: C: 2015:400, disponible en: «<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C,T,F&num=C-62/14&td=ALL>». [Última fecha de consulta: 16 de julio de 2020].

_____ (2018), Weiss y otros, sentencia del 11 de diciembre 2018, C-493/17, ECLI: EU: C: 2015:10.

TCF (2016), BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 - 2 BvR 2728/13, 2 BvE 13/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2729/13 - Rn. (1 - 220), disponible en: «http://www.bverfg.de/e/rs20160621_2bvr272813.html». ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813 [Última fecha de consulta: 15 de julio de 2020].

_____ (2020), BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15. Sentencia del 5 de mayo 2020, disponible en: «<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2020/bvg20-032.html>». [Última fecha de consulta: 15 de julio de 2020].

Crítica al derecho premial en los delitos de corrupción. México en perspectiva comparada

*Criticism of the legal prizes in crimes of corruption.
Mexico in comparative perspective*

FABIOLA NAVARRO LUNA*

Resumen

En el presente trabajo se realiza una crítica al diseño y al uso de los criterios de oportunidad, así como al proceso abreviado penal en casos de corrupción de alto impacto en México. El estudio tiene dos objetivos. El primero es abordar las deficiencias del diseño mexicano partiendo de contrastar los procedimientos con sus similares en otros países; el estudio muestra cómo se regulan estas figuras en cinco naciones latinoamericanas más: Argentina, Chile, Colombia, Ecuador y Perú. El segundo es argumentar cómo la falta de investigación y de sanciones por responsabilidad en delitos de corrupción da lugar a otro tipo: la corrupción vinculada a la utilización indebida del sistema de justicia penal.

En su aspecto positivo, el empleo de estas herramientas puede ayudar a mejorar el funcionamiento de la persecución penal haciéndola más rápida, predecible y confiable. En su aspecto negativo puede suceder lo contrario, al pervertir el sistema penal al ampliar los espacios de discrecionalidad, arbitrariedad, corrupción e impunidad.

* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Agradezco a un ex fiscal anticorrupción y a un fiscal anticorrupción en funciones, de dos entidades federativas del país, por haber leído una versión previa de este trabajo y haber hecho aportaciones.

Palabras clave: Sistema acusatorio, criterio de oportunidad, procedimientos abreviados, corrupción, justicia premial, colaboración eficaz.

Abstract

In this paper we criticize the design and use of opportunity criteria (non-prosecution) and the abbreviated criminal process in high impact corruption cases. The study has two aims. The first is to address the deficiencies of Mexican design by contrasting the procedures with their similar ones in other countries; the study shows how these figures are regulated in five other Latin American nations: Argentina, Chile, Colombia, Ecuador and Peru. The second is to argue how the lack of investigation and sanctions for responsibility in corruption crimes leads to another type: corruption linked to the misuse of the criminal justice system.

On the positive side, the use of these tools can help improve the functioning of criminal prosecution making it faster, more predictable and more reliable. On the negative side, the opposite can happen by perverting the criminal system by widening the spaces for discretion, arbitrariness, corruption and impunity.

Keywords: Accusatory system, opportunity criteria, abbreviated procedures, corruption, prizes justice, effective collaboration.

1. Introducción

México publicó en junio de 2008 la reforma constitucional que sustituyó el sistema inquisitivo por el sistema acusatorio, aunque su desarrollo en el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) no se publicó sino hasta marzo de 2014. El cambio tuvo como objetivo central mejorar el sistema de justicia penal, a partir de fortalecer las garantías de las personas imputadas, víctimas y ofendidas; suprimir la rigidez procedimental para hacer los procedimientos más expeditos; quitar exclusividades a los fiscales y jueces en el desempeño de sus funciones, y aprovechar mejor los recursos institucionales disponibles (humanos, capacidades y presupuestales).

México se sumó así a los países latinoamericanos que ajustaron sus sistemas de justicia penal a la tendencia acusatoria. En la parte procedimental, la apuesta

central es distribuir la resolución de asuntos penales, entre fiscales y jueces, para que se concluyan de manera más humanizada y rápida (con y sin juicio). Para lograrlo, el sistema acusatorio fortalece al acusador público, quien legalmente puede i) suspender investigaciones y no ejercer la acción penal aplicando el principio de oportunidad o ii) negociar con el imputado la acusación y responsabilidad por el delito que se le imputa y proponer al juez la tramitación de un procedimiento abreviado, en lugar de la celebración de un juicio oral.

La pretensión más anhelada es descargar al sistema de delitos de bajo impacto o menor lesividad –que saturan los órganos de persecución y administración de justicia–, para que se utilicen los recursos y sólo se tramiten juicios ordinarios cuando se trata de delitos de alto impacto o de alta lesividad.

Si estas herramientas (principio de oportunidad y procedimiento abreviado) son bien entendidas, reguladas y aplicadas, pueden ayudar a mejorar la eficacia de los sistemas de justicia penal, pero lo contrario puede pervertir el sistema y generar impunidad. En México, su aplicación en delitos por hechos de corrupción que involucran a servidores públicos del nivel más alto de responsabilidad ha mostrado importantes problemas de diseño que provocan excesos de fiscales y omisiones de jueces. Nos referimos a los delitos que desde su cargo cometen las y los siguientes servidores públicos: i) gobernantes; ii) aquellos cuyo nombramiento depende de la designación o ratificación de alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, y iii) aquellos que tienen mayor responsabilidad en el servicio público debido a las funciones que realizan o a los presupuestos públicos que manejan.

En otras palabras, para fines de este trabajo sólo interesan los delitos que cometen desde sus cargos los niveles más altos de la burocracia. En ese sentido, la crítica no incluye a los posibles delitos de las y los servidores públicos de niveles medios o bajos de responsabilidad o de primera línea de contacto con las personas (las "burocracias a nivel de calle", como la literatura especializada en Administración Pública las llama); de manera que no se tienen en cuenta, por ejemplo, los delitos que cometen las y los agentes de tránsito cuando reciben

o exigen dinero (sobornos o extorsiones) para no infraccionar o el personal de una ventanilla de atención para acelerar el trámite de un servicio público.

En atención a la creciente importancia de las reformas procesales penales en América Latina, que los sistemas acusatorios y las reglas para el uso de las herramientas procesales difieren en los distintos países, y que el contraste puede ser útil para entender las particularidades de nuestro sistema –especialmente, en lo que se refiere a las facultades de los fiscales para desestimar delitos o evitar el juicio ordinario–, en el presente trabajo se consideran, además del mexicano, los diseños procedimentales de cinco países de la región que adoptaron el sistema acusatorio y emplean las herramientas referidas (cuadro 1).

Cuadro 1. Países y sistemas considerados en este estudio

País	Año en que se cambia al sistema acusatorio	Nombre	Año de publicación del código vigente
Argentina	2014 ^A	Código Procesal Penal	2019
Chile	2000	Código Procesal Penal	2000 ^B
Colombia	2000-2002	Ley 906. Código de Procedimiento Penal	2004 ^C
Ecuador	1998	Código Orgánico Integral Penal	2014 ^D
México	2008	Código Nacional Procedimientos Penales	2014 ^E
Perú	2004	Código Procesal Penal	2004 ^F

^A En el ámbito federal. En las provincias de Córdoba, Tucumán, Buenos Aires, Mendoza y Chaco, las primeras reformas al sistema se dieron en la década de 1990. Véase Pucheta (2017, 5).

^B Fecha de la última reforma considerada: 4 de marzo de 2020.

^C Fecha de la última reforma considerada: 20 de mayo de 2020.

^D Fecha de la última reforma considerada: 24 de diciembre de 2019.

^E Fecha de la última reforma considerada: 22 de enero de 2020.

^F Fecha de la última reforma considerada: 9 de enero de 2020.

Fuente: Elaboración propia.

2. Sistema adversarial penal y persecución penal. México frente a cinco países

El agotamiento de los aparatos penales llevó a varios países de América Latina a implementar el sistema penal acusatorio (flexible, público y oral) en lugar del sistema inquisitivo (rígido, secreto y escrito). Las características del juicio oral y las herramientas que se dan a los sujetos procesales a cargo de la aplicación de la ley penal permitirían resolver en forma más garantista, rápida y económica los delitos.

El diagnóstico del que se parte para optar por el sistema acusatorio es el mismo desde hace tiempo: la lentitud y saturación de los sistemas debido a la gran cantidad de formalismos y asuntos en trámite, aunado a la insuficiencia de recursos para enfrentar la carga de trabajo, generan la imposibilidad efectiva del sistema para perseguir todos los delitos.

Para enfrentar los delitos de mayor relevancia social el sistema acusatorio busca liberar a los órganos de asuntos que pueden resolverse sin llegar a un juicio ordinario, al potenciar las facultades del acusador público en delitos que no afectan gravemente el interés público y que no requieren mayor investigación; en los que los responsables fueron detenidos en flagrancia; en los que se trata de autores únicos o cuando los delitos se cometieron en forma instantánea, entre otras razones. Por tanto, al Ministerio Público se le permite suspender la investigación y no ejercer la acción penal en ciertos supuestos o acordar con los imputados procedimientos abreviados a cambio de un canje de confesiones por reducción de penas.

Estas posibilidades de administración de los asuntos fortalecen la figura del acusador público, pues mientras en el sistema inquisitivo todo hecho delictivo puesto en conocimiento del Ministerio Público debe ser investigado y perseguido (principio de estricta legalidad), en el sistema acusatorio el acusador público puede decidir –conforme a los supuestos y procedimientos legales– cuáles asuntos deben ser investigados a profundidad y ser perseguidos penalmente,

y, además, tiene la posibilidad de establecer acuerdos con las personas imputadas para celebrar procedimientos abreviados sobre estos últimos.

3. Criterio de oportunidad. México frente a Argentina, Chile, Colombia, Ecuador y Perú

La Constitución Política mexicana les llama criterios de oportunidad y no principios de oportunidad como en otros países (Chile, Colombia, Ecuador y Perú); el Código Nacional de Procedimientos Penales dispone que una vez iniciada la investigación y previo análisis objetivo de los datos que consten en la misma, el Ministerio Público podrá abstenerse de ejercer la acción penal con base en la aplicación de criterios de oportunidad.

El CNPP regula los criterios de oportunidad en tres artículos¹ que consideran seis² supuestos de procedencia.³ La posibilidad de aplicar criterios de oportunidad está condicionada, según el artículo 256, a que el Ministerio Público:

1. Haga un análisis objetivo de los datos que consten en la investigación.
2. El análisis se haga conforme a las disposiciones normativas de cada fiscalía.
3. Existan razones objetivas y se apliquen sin discriminación.

¹ Artículos 256 (casos en que operan), 257 (efectos y notificaciones) y 258 (control judicial).

² Mediante la reforma de junio de 2016 se eliminó un supuesto.

³ "I. Se trate de un delito que no tenga pena privativa de libertad, tenga pena alternativa o tenga pena privativa de libertad cuya punibilidad máxima sea de cinco años de prisión, siempre que el delito no se haya cometido con violencia; II. Se trate de delitos de contenido patrimonial cometidos sin violencia sobre las personas o de delitos culposos, siempre que el imputado no hubiere actuado en estado de ebriedad, bajo el influjo de narcóticos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares; III. Cuando el imputado haya sufrido como consecuencia directa del hecho delictivo un daño físico o psicoemocional grave, o cuando el imputado haya contraído una enfermedad terminal que torne notoriamente innecesaria o desproporcional la aplicación de una pena; IV. La pena o medida de seguridad que pudiera imponerse por el hecho delictivo que carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta o a la que podría imponerse por otro delito por el que esté siendo procesado con independencia del fuero; V. Cuando el imputado aporte información esencial y eficaz para la persecución de un delito más grave del que se le imputa, y se comprometa a comparecer en juicio; VI. Cuando, a razón de las causas o circunstancias que rodean la comisión de la conducta punible, resulte desproporcionada o irrazonable la persecución penal".

4. Se valoren las circunstancias especiales en cada caso, de conformidad con el CNPP y los criterios generales que emita el procurador.
5. No se trate de delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, de violencia familiar ni delitos fiscales o aquellos que afecten gravemente el interés público.
6. Se hayan reparado o garantizado los daños causados a la víctima u ofendido.

La revisión de los tres artículos, sus supuestos, límites y condiciones muestran que los criterios de oportunidad i) se dirigen a delitos de bajo impacto o menor lesividad; ii) se excluyen los delitos que afectan gravemente el interés público, así como aquellos contra el libre desarrollo de la personalidad, violencia familiar y los fiscales;⁴ iii) se pueden aplicar una vez iniciada la investigación y hasta antes de que se dicte el auto de apertura del juicio; iv) su aplicación se liga a una política criminal explícita, pues debe ser conforme a las disposiciones normativas de cada fiscalía y a los criterios generales que emita el fiscal, y v) es necesario que se reparen o garanticen los daños causados a la víctima o al ofendido.

En perspectiva comparada, vemos que mientras en algunos países el criterio de oportunidad se expresa como una decisión del Ministerio Público que prescinde de la persecución penal pública (Argentina), en otros se plasma de forma similar, pero como una facultad potestativa: "podrá" (Chile, Ecuador México y Perú); en otros, como una excepción al principio procesal de legalidad (Colombia), entendiendo por éste el deber que tiene la fiscalía de investigar cuando existe sospecha de que se ha cometido un hecho punible y de acusar cuando después de las investigaciones sigue existiendo esa sospecha.

⁴ En noviembre de 2019 se agregó una excepción cuando se trata de delitos fiscales: "Para el caso de delitos fiscales y financieros, previa autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a través de la Procuraduría Fiscal de la Federación, únicamente podrá ser aplicado el supuesto de la fracción V, en el caso de que el imputado aporte información fidedigna que coadyuve para la investigación y persecución del beneficiario final del mismo delito, tomando en consideración que será este último quien estará obligado a reparar el daño".

En los seis países revisados, la posibilidad de aplicar el principio o los criterios de oportunidad es una facultad o potestad exclusiva del Ministerio Público, excepto en Perú, en donde el código de procedimientos establece que "El Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal", según dispone el artículo 2 del Nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo No. 957).

Los códigos comparados establecen diversos supuestos de procedencia para poder descartar asuntos una vez que se inició la investigación y existen elementos objetivos que justifican la no acción penal. En Colombia se pueden aplicar por razones de política criminal para ciertos delitos. En la mayoría, el código de procedimientos indica de manera explícita que se podrán aplicar a delitos menores o insignificantes (Argentina), también conocidos como "delitos bagatela", por tanto, la pena de privación de la libertad que se les asigna no excede algunos pocos años. En consecuencia, se excluye su aplicación cuando se trata de delitos que afectan gravemente el interés público (Argentina, Chile, Colombia,⁵ Ecuador, México y Perú). En algunos sistemas se aplican a cambio de obtener colaboraciones eficaces para perseguir delitos más graves que el que se imputa, y asistir como testigos de cargo en contra de otros procesados (Colombia y México). La mayoría de los países comparados prevé un control judicial de la decisión de aplicación (Argentina, Chile, Colombia, Ecuador y México). El cuadro 2 muestra una síntesis de los principales temas de esta herramienta considerados en los distintos códigos de procedimientos.

Cuadro 2. Temas de la regulación del principio de oportunidad

Síntesis de temas considerados	Argentina	Chile	Colombia	Ecuador	México	Perú
Posibilidad de suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal por razones de política criminal			x			
Procede de oficio o a pedido del imputado	x		x			x

⁵ No se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al derecho internacional humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de 18 años.

Síntesis de temas considerados	Argentina	Chile	Colombia	Ecuador	México	Perú
Existen causales establecidas de manera taxativa (conductas sancionadas con pena privativa hasta ciertos años)		x	x	x	x	x
Las causales consideran la colaboración eficaz			x		x	
Las causales consideran servir como testigo de cargo contra otros procesados			x		x	
Excluye a los delitos que afecten gravemente el interés público	x	x	x ^A	x	x	x
Excluye el concurso de delitos						x
Tratamiento especial a jefes, cabecillas, determinadores, entre otros, de grupos de delincuencia organizada			x			
En ciertos casos o delitos la aplicación del principio de oportunidad debe ser proferida por el fiscal			x	x	x	
Debe ajustarse a la reglamentación que expide el fiscal		x	x		x	
Es derecho de la víctima poder oponerse	x	x			x	
Prevé control judicial para la legalidad de la aplicación del principio de oportunidad	x	x	x	x	x	
El control judicial es obligatorio		x	x	x		
Considera la revocación del principio de oportunidad			x		x	

^A El Código no los llama "delitos que afecten gravemente el interés público", pero excluye los delitos que socialmente son considerados graves.

Fuente: Elaboración propia.

En todos los casos, la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad está condicionada a hechos que no comprometen gravemente el interés público, pero como en este trabajo nos interesan los delitos que cometen los servidores públicos mencionados en la "Introducción", destacamos que en Argentina el código de procedimientos establece que el Ministerio Público "No puede prescindir ni total ni parcialmente del ejercicio de la acción penal si el imputado

fuera funcionario público y se le atribuyera un delito cometido en el ejercicio o en razón de su cargo". En Chile no se puede aplicar si se trata de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. En Colombia no se puede aplicar cuando el investigado, acusado o imputado vinculado al proceso penal accedió o permaneció en su cargo, curul o denominación pública con el apoyo o colaboración de grupos al margen de la ley o del narcotráfico.

En cambio, en Perú el Código Penal establece que el principio de oportunidad no se podrá aplicar a delitos cuando hayan sido cometidos por un funcionario público en los previstos y sancionados en los artículos 122 (lesiones leves); 149, primer párrafo (obligación de dar alimentos); 185 (hurto); 187 (hurto de uso); 189-A, primer párrafo (hurto de ganado); 190 (apropiación ilícita); 191 (sustracción de bien propio); 192 y 193 (apropiación de prenda); 196 (estafa y defraudaciones); 197 (defraudación); 198 (administración fraudulenta); 205 (daño simple), y 215 (libramiento y cobro indebido).

El cuadro 3 ilustra los supuestos en los que se puede aplicar y el cuadro 4 los delitos en los que no.

Cuadro 3. Comparativo de supuestos en los que se puede aplicar el principio de oportunidad

Sistemas considerados						
Síntesis de los principales supuestos en los que se puede aplicar	Argentina	Chile	Colombia	Ecuador	México	Perú
Si se tratara de un hecho que por su insignificancia no afectara gravemente el interés público	x	x				x
Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que la determinan califiquen la conducta como mermada significación jurídica y social			x			x
Cuando se afecten minimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse			x			

Síntesis de los principales supuestos en los que se puede aplicar	Argentina	Chile	Colombia	Ecuador	México	Perú
Se trate de un delito que no tenga pena privativa de libertad o tenga pena alternativa			x		x	
Se trate de un delito cuya punibilidad máxima sea de determinados años de prisión			x 6 años	x 5 años	x 5 añosA	
Se trate de delitos de contenido patrimonial cometidos sin violencia sobre las personas o de delitos culposos					x	
En delitos contra el patrimonio económico, cuando el objeto material se encuentre en tal alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio			x			
Cuando el imputado haya sufrido como consecuencia directa del hecho delictivo un daño físico o psicoemocional grave	x		x	x	x	x
Cuando el imputado haya contraído una enfermedad terminal que torne notoriamente innecesaria o desproporcional la aplicación de una pena					x	
Cuando el imputado aporte información esencial y eficaz para la persecución de un delito más grave del que se le imputa					x	
Cuando el imputado o acusado colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose o que se realicen otros			x			
Cuando el imputado o acusado suministre información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada			x			
Cuando el imputado a se comprometa a servir como testigo de cargo contra los demás procesados			x		x	
Cuando, debido a las causas o circunstancias que rodean la comisión de la conducta punible, resulte desproporcionada o irrazonable la persecución penal					x	

Síntesis de los principales supuestos en los que se puede aplicar	Argentina	Chile	Colombia	Ecuador	México	Perú
Si la pena que pudiera imponerse por el hecho careciera de importancia en consideración de la sanción ya impuesta, o a la que deba esperarse por los restantes hechos investigados en el mismo u otro proceso, o a la que se impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero	x		x			
Cuando a causa de la misma conducta punible la persona fuere entregada en extradición a otra potencia.			x			
Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado			x			
Cuando quien haya prestado su nombre para adquirir o poseer bienes derivados de la actividad de un grupo organizado al margen de la ley o del narcotráfico, los entregue al fondo para reparación de víctimas, siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de la respectiva organización			x			

^A Siempre que el delito no se haya cometido con violencia.

Fuente: Elaboración propia.

Cuadro 4. Comparativo de delitos en los que no se puede aplicar

Sistemas considerados						
Síntesis de los delitos en los que no se puede aplicar	Argentina	Chile	Colombia	Ecuador	México	Perú
Delitos que afecten gravemente el interés público	x				x	
Delitos contra el libre desarrollo de la personalidad					x	
Delitos de violencia familiar					x	
Delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar				x		
Delito de trata de personas				x		
Delitos contra la integridad sexual y reproductiva				x		
Delitos fiscales					x	
Tráfico de migrantes				x		

Sistemas considerados						
Delitos cometidos por servidores públicos en el ejercicio de sus funciones		x				x
Delitos contra la estructura del Estado constitucional de derechos y justicia				x		
Delitos por graves violaciones a los derechos humanos				x		
Delitos contra el derecho internacional humanitario				x		
Delitos de odio				x		
Delincuencia organizada				x		

Fuente: Elaboración propia.

El contraste de los supuestos en los que se puede aplicar con el de los delitos en los que no, afirma que el propósito central de este instrumento en los sistemas de justicia penal es liberarlos de delitos de baja importancia o relevancia social.

4. Procesos abreviados

Desde junio de 2008 la Constitución Política mexicana establece que una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y las modalidades que determine la ley. Los dos requisitos de procedencia constitucional son: i) que el imputado reconozca ante la autoridad judicial, de manera voluntaria y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y ii) que existan medios de convicción suficientes para corroborar la imputación. De comprobarse los dos, el juez citará a audiencia de sentencia. El Constituyente dejó para la legislación secundaria "los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad".

La posibilidad de tramitar un proceso abreviado no es un derecho (del inculpado), por ello el texto constitucional no la coloca en el apartado B, "De los derechos de toda persona inculpada", del artículo 20 constitucional. Es, en cambio,

una posibilidad que debe determinar el fiscal con el acuerdo del juez, razón por la que se establece en el apartado A, "De los principios generales", del artículo referido, y no en el B.

El CNPP distingue entre "solución alterna de procedimiento" y "terminación anticipada". Las formas de solución alterna consideradas son el acuerdo reparatorio⁶ y la suspensión condicional del proceso,⁷ y como forma de terminación anticipada sólo se considera el procedimiento abreviado.

El procedimiento se desarrolla en siete artículos del CNPP: 201 (requisitos de procedencia y verificación del juez), 202 (oportunidad), 203 (admisibilidad), 204 (oposición de la víctima ofendido), 205 (trámite del procedimiento), 206 (sentencia) y 207 (reglas generales).

Los seis sistemas acusatorios que se revisan en este trabajo incluyen el procedimiento abreviado como forma de terminación anticipada. El diseño del procedimiento tiene algunas diferencias importantes en cada país. De manera que para ilustrar los problemas en México (apartado 5 de este trabajo) se revisan y comparan sus similares en cinco países de América Latina: Argentina, Chile, Colombia, Ecuador y Perú.

Cabe decir que en los seis países comparados existen diversos procedimientos especiales. El cuadro 5 muestra la diversidad y el nombre genérico del procedimiento en cada país. En algunos procedimientos –un par– el nombre es distinto, por ejemplo, el procedimiento para conocer los delitos cometidos en flagrancia en Argentina se llama procedimiento delito en flagrancia, y en Perú, juicio inmediato.

⁶ De acuerdo con el artículo 186 del CNPP, "Los acuerdos reparatorios son aquéllos celebrados entre la víctima u ofendido y el imputado que, una vez aprobados por el Ministerio Público o el Juez de control y cumplidos en sus términos, tienen como efecto la extinción de la acción penal".

⁷ De acuerdo con el artículo 191 del CNPP, "Por suspensión condicional del proceso deberá entenderse el planteamiento formulado por el Ministerio Público o por el imputado, el cual contendrá un plan detallado sobre el pago de la reparación del daño y el sometimiento del imputado a una o varias de las condiciones que refiere este Capítulo, que garanticen una efectiva tutela de los derechos de la víctima u ofendido y que, en caso de cumplirse, pueda dar lugar a la extinción de la acción penal".

Cuadro 5. Procedimientos especiales considerados en los códigos penales

Procedimientos especiales	Argentina	Chile	Colombia	Ecuador	México	Perú
Procesos de acción privada	x	x	x	x		x
Procedimientos abreviados	x	x	x	x	x	x
Procedimiento delito en flagrancia	x	x		x		x
Procedimientos complejos	x					
Proceso penal juvenil	x					
Procesos contra personas jurídicas	x				x	
Procedimiento simplificado		x				
Procedimiento monitorio		x				
Procedimiento relativo a personas que gozan de fuero constitucional		x				
Justicia restaurativa			x			
Procedimiento expedito				x		
Proceso por delitos de función atribuidos a altos funcionarios públicos						x
Proceso por delitos comunes atribuidos a congresistas y otros altos funcionarios						x
Proceso por delitos de función atribuidos a otros funcionarios públicos						x
Proceso de seguridad						x
Proceso por colaboración eficaz						x
Proceso por faltas						x

Fuente: Elaboración propia.

El cuadro 5 muestra que los seis diseños de sistema acusatorio prevén procesos alternos al juicio ordinario, y todos tienen un procedimiento abreviado (en Perú, el proceso equivalente al abreviado se llama proceso de terminación anticipada). El comparativo muestra que México es el único de estos países en donde la alternativa al juicio oral es el procedimiento abreviado (con excepción del proceso contra personas jurídicas).

La regulación de los procedimientos abreviados tiene particularidades distintivas en cada uno de los países. El cuadro 6 muestra algunas de las características más importantes.

Cuadro 6. Características generales de los procedimientos abreviados

Sistemas considerados						
Síntesis de las características más importantes	Argentina	Chile	Colombia	Ecuador	México	Perú
Se aplica sólo para algunos delitos sancionados con una pena máxima privativa de libertad que no puede exceder ciertos años	x	x	x	x		
Prevé tratamiento a la atribución de varios delitos a un mismo acusado		x	x			x
Es necesario que el imputado acepte en forma expresa los hechos	x	x		x		
Es necesario que el imputado acepte los cargos o la responsabilidad			x		x	x
Es necesario que el imputado acepte los antecedentes probatorios de la investigación	x	x				
Se busca un acuerdo o negociación preliminar	x			x	x	x
Existen beneficios punitivos por aceptar los hechos o los cargos	x	x	x	x	x	
Acuerdo de colaboración se celebra por escrito	x					
La solicitud o el acuerdo se somete a aprobación del juez	x			x		
Juez puede rechazar el acuerdo o el procedimiento abreviado	x			x		
Se corrobora la veracidad y utilidad de la información proporcionada	x					
Prevé posibilidad de que el juez dicte sentencia absolutoria	x		x			

Fuente: Elaboración propia.

En los países considerados, el procedimiento abreviado se puede solicitar en la etapa de investigación ministerial (los procesos penales se componen de tres grandes etapas: investigación, etapa intermedia y de juzgamiento o juicio oral).

Es decir, se puede proponer una vez que se tiene la individualización de los hechos, claridad sobre la participación del inculpado y existen elementos de prueba. En Perú, la celebración de las audiencias de terminación anticipada tiene carácter privado, porque sucede en la etapa de investigación preparatoria en la que todas las diligencias tienen carácter reservado.

En algunos países se celebra un preacuerdo o acuerdo que debe constar por escrito (Argentina). Este acuerdo o solicitud del fiscal se presenta ante el juez para que señale la audiencia de debate, y éste resuelve si aprueba o no el acuerdo o petición del primero. Es requisito que el imputado acepte en forma expresa los hechos (Argentina, Chile y Ecuador), y en algunos países es necesario que acepte los cargos (Colombia y Perú) o la responsabilidad en la participación de los hechos (México). Para avanzar al procedimiento abreviado es necesario que el juez apruebe el procedimiento y que tanto el fiscal como el inculpado o su defensa presenten el acuerdo para que dicte sentencia. En algunos sistemas, el código de procedimientos prevé que la sentencia puede ser absolutoria (Argentina y Colombia).

Al igual que los criterios o el principio de oportunidad, el procedimiento abreviado no está diseñado para aplicarse a todos los delitos (Argentina, Chile, Colombia, Ecuador y Perú), excepto en México.

El procedimiento abreviado sirve para resolver delitos de baja o mediana lesividad o de complejidad menor, en los que no cabe la aplicación de la oportunidad para no ejercer la acción penal, pero tampoco se estima necesario celebrar un juicio oral; por ello, los códigos establecen que se puede aplicar en delitos con una pena privativa de libertad que no puede exceder un máximo de ciertos años (seis en Argentina; cinco en Chile, y 10 años en Ecuador). En algunos ordenamientos la forma para incluir y excluir delitos es indicándolo de forma taxativa (Colombia); en otros, la exclusión de conductas y delitos ocurre por la existencia de procedimientos especiales, por ejemplo, el procedimiento para conocer delitos que no ameritan pena de prisión, o bien para conocer los delitos que comenten los servidores públicos (Perú).

En México, el CNPP no indica en cuáles supuestos o delitos se aplica el procedimiento abreviado ni excluye los delitos o supuesto en los que no debe o puede aplicarse.

5. Crítica al uso de criterios de oportunidad y procedimiento abreviado mexicano en delitos de corrupción cometidos en el nivel más alto de responsabilidad pública

Aunque las razones que justifican emplear los criterios de oportunidad y el procedimiento abreviado están vinculadas a la limpieza o depuración del sistema de justicia, para que sólo lleguen al juicio ordinario aquellos asuntos de alto impacto o mayor lesividad o complejidad, y de esta manera se aprovechen mejor los –limitados– recursos institucionales, la utilización de estas herramientas es problemática cuando los delitos son cometidos en el ejercicio del cargo por quienes tienen mayor responsabilidad en el servicio público, porque se vuelven casos políticamente sensibles.

En virtud de que el argumento central es que ni los criterios de oportunidad ni el procedimiento abreviado se deben aplicar en estos casos –debido a que suelen implicar muchos delitos, la utilización indebida sistemática del cargo, muchos actos y una afectación mayor–, porque su utilización lesiona el sistema de justicia penal, impide cumplir los fines constitucionales del derecho procesal penal –que es esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen–, provoca impunidad (legalizada) y afecta la confianza en las instituciones, explicaremos las deficiencias del diseño mexicano y los problemas a partir del procedimiento abreviado por ser un más extenso que el de los criterios de oportunidad.

El comparativo con los otros sistemas muestra que México es el único de los seis países en donde el procedimiento abreviado es la única alternativa al juicio oral y también es el único en donde no se establecen los supuestos o delitos en los que se puede aplicar (cuadro 5). En los otros diseños el procedimiento

abreviado se constriñe a ciertos delitos (Argentina, Chile, Colombia, Ecuador y Perú) de bajo impacto o lesividad y baja dificultad investigativa. Lo que, como veremos, genera importantes problemas cuando los delitos implicados son por hechos de corrupción y fueron cometidos en el nivel más alto de responsabilidad pública.

El CNPP regula el procedimiento abreviado en apenas siete artículos, pero sin indicar los supuestos de procedencia (delitos), como mandata la primera parte de la fracción VII, del apartado A (principios generales del proceso penal), del artículo 20 constitucional: "Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los *supuestos* y bajo las modalidades que determine la ley" (cursivas añadidas).

En México, para que se pueda realizar el procedimiento abreviado basta con que el Ministerio Público solicite el procedimiento, no haya oposición fundada⁸ de la víctima u ofendido y el juez de control lo autorice. La regulación del procedimiento se caracteriza por tres aspectos:

1. Falta de supuestos de procedencia. Si por supuesto entendemos los delitos, el CNPP no establece los que dan lugar a la tramitación del procedimiento abreviado, como sí lo hace respecto de los acuerdos reparatorios, al establecer que proceden sólo en los delitos que se persiguen por querrela; por requisito equivalente de parte ofendida o que admiten el perdón de la víctima o el ofendido; culposos; patrimoniales cometidos sin violencia sobre las personas; violencia familiar; homicidio doloso; genocidio, y violación.

En algunos países, la procedencia se establece considerando el número de años de la pena privativa de la libertad, de manera que es procedente siempre y cuando ésta no exceda cierta cantidad de años, por ejemplo, en Argentina se puede aplicar cuando la pena de prisión que el fiscal estime suficiente no exceda

⁸ En relación con la reparación del daño.

de seis años. En otros países se hace a partir de un listado taxativo de delitos, por ejemplo, en Colombia se listan los delitos en los que se puede aplicar.

2. Falta de exclusiones. En forma inversa, el CNPP tampoco excluye los delitos que no pueden tramitarse mediante el procedimiento abreviado, como sí lo hace con la suspensión condicional del proceso,⁹ al excluir los delitos que no pueden ser objeto de ese mecanismo de solución alterna (aquellos cuya media aritmética de la pena de prisión no exceda de cinco años).

En algunos países la exclusión se da por la existencia del listado taxativo, o bien por la de otros procedimientos especiales, por ejemplo, en Perú existen algunos para conocer los delitos que cometen las servidoras y los servidores públicos.

3. Procedimiento estándar. Debido a la falta de supuestos o delitos de procedencia y de exclusiones, el procedimiento abreviado funciona como un procedimiento estándar que se aplica en cualquier delito sin que importe quién lo cometió ni la lesividad, gravedad o complejidad investigativa implicadas.

Se puede utilizar tanto para el caso de robo simple de una bicicleta cometido sin violencia (hay un delito implicado), como cuando desde un cargo público se realizan de manera sistemática (a lo largo de meses o años) millonarios desvíos de recursos en perjuicio del erario y quien lo comete lo hace aprovechándose de un cargo de alta responsabilidad (hay, por tanto, muchos delitos implicados).

El único límite que el CNPP considera es la prohibición de tramitarlo con personas inimputables (artículo 418).

Los problemas asociados a la falta de supuestos en el procedimiento abreviado fueron advertidos durante la discusión del CNPP. El doctor Jesús Zamora Pierce,

⁹ El artículo 191 del CNPP lo define así: "Por suspensión condicional del proceso deberá entenderse el planteamiento formulado por el Ministerio Público o por el imputado, el cual contendrá un plan detallado sobre el pago de la reparación del daño y el sometimiento del imputado a una o varias de las condiciones que refiere este Capítulo, que garanticen una efectiva tutela de los derechos de la víctima u ofendido y que en caso de cumplirse, pueda dar lugar a la extinción de la acción penal".

uno de los expertos invitados, explicó, en una de las audiencias técnicas convocadas para tal propósito, el error que sería no poner límites "el procedimiento abreviado no debe de ser aplicado a todos los casos, es una vía para reducir la carga de los tribunales y puede ser útil hasta cierto grado. Si se abusa del procedimiento abreviado se crearía un sistema que rechazaría el juicio penal como sucede en Estados Unidos".

En términos prácticos, la edificación del procedimiento abreviado únicamente sobre la base de confesiones y premios genera que los más beneficiados sean el fiscal (que es relevado de investigar de manera exhaustiva y presentar casos sólidos) y el inculpado (quien es premiado con la reducción de la pena). Aunque en delitos únicos, de baja lesividad o complejidad, podemos considerar que el sistema de justicia también se beneficia con la brevedad del procedimiento, al lograr una condena con un mínimo de recursos que evita que los autores o partícipes de delitos queden impunes; las cosas cambian cuando el procedimiento se aplica en casos que implican concurso de delitos o en delitos de alta lesividad o complejidad, ya que el sistema de justicia se ve afectado, al permitir premiar confesiones incompletas –que incluyen sólo una selección y no la totalidad de actos y delitos en los que se ha participado–, lo que ocasiona impunidad y una utilización equivocada de las herramientas del sistema de justicia acusatorio.

En los temas de interés para este texto, los grandes asuntos de corrupción descubiertos en años recientes muestran que cuando los cometen las personas del más alto nivel de responsabilidad (gobernadores; personas cuyo nombramiento depende de la designación o ratificación de alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, y quienes tienen mayor responsabilidad en el servicio público en razón de las funciones que realizan o el manejo de los presupuestos públicos), se emplean muchas mezclas de delitos, y múltiples autores, partícipes, actos y momentos para cometerlos. De manera que ni los fiscales ni el sistema de justicia están frente a autores y delitos únicos, por el contrario, están ante enredados concursos de delitos de diferente tipo (por hechos de corrupción, delitos financieros, delitos fiscales, delitos que emplean el sistema financiero para encubrir el dinero, etc.), que emplean complejos sistemas y mecánicas para su

comisión. Estas peculiaridades los convierten en asuntos de alto impacto cuya investigación y resolución es de suma complejidad, por lo que su indagación y conducción no justifica la utilización del procedimiento abreviado ni dejar su resolución (decisión de los delitos acreditados y la sanción) a cargo de la valoración de los fiscales únicamente.

Las investigaciones por hechos de corrupción, en particular los cometidos en los niveles más altos de responsabilidad, enfrentan muchas dificultades procedimentales. Una de ellas es la posibilidad real de oponerse al procedimiento. El CNPP establece que las víctimas o los ofendidos pueden oponerse al procedimiento abreviado, pero en los delitos por hechos de corrupción, ¿quiénes pueden ser considerados víctimas y ofendidos? Al tratarse de recursos y servicios públicos mal empleados, las víctimas y los ofendidos somos todas las personas gobernadas.

Otra dificultad está en la obtención de pruebas de cargo, debido a la clandestinidad, diversidad y multiplicidad de medios con que se cometen. El CNPP supedita la tramitación del procedimiento abreviado a la existencia de medios de convicción y no a los medios de prueba. Pese a que en este tipo de delitos es muy complicado obtenerlas, para su tramitación no se requiere que la persona imputada aporte pruebas de la comisión del delito ni de su participación. Sergio García Ramírez (2014) llama la atención acerca de la expresión "medios de convicción", al indicar que el CNPP no dice "pruebas", que en su propia terminología tienen otro alcance. Lo que, en este difícil panorama, amplía el espacio para la discrecionalidad del Ministerio Público y la impunidad de los delitos.

La determinación de las penas adecuadas en este tipo de delitos también es un problema. Los delitos por hechos de corrupción que afectan gravemente el interés público suelen tener penas altas, por ello, en los sistemas acusatorios vistos (excepto en México) el procedimiento abreviado se aplica sólo para algunos delitos sancionados con una pena máxima privativa de libertad que no puede exceder ciertos años.

El problema con este método de exclusión de delitos es que las penas tienen dos marcos, uno abstracto –que se forma para cada delito por un mínimo y un

máximo— y uno concreto —que se determina cuando se juzga la conducta y se hace una valoración de las circunstancias específicas en que se cometió—. Así, en los delitos por hechos de corrupción el ámbito concreto requiere la aplicación de agravantes.

En México, en julio de 2016 se incorporó al artículo 212 del Código Penal Federal la agravante que señala que las penas serán aumentadas hasta en un tercio cuando los delitos sean un ejercicio ilícito del servicio público; uso ilícito de atribuciones y facultades; tráfico de influencias; cohecho; peculado; enriquecimiento ilícito, o sean cometidos por servidores públicos elegidos popularmente o cuyo nombramiento esté sujeto a ratificación de alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión.

El manejo procedimental inadecuado de los delitos comentados es preocupante, ya que la falta de investigación y de asignación de sanciones de responsabilidad da lugar a otro tipo de corrupción: la utilización indebida del sistema de justicia penal. Así lo considera la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para quien el combate contra la corrupción en la modalidad de persecución no está exento de ésta. La corrupción que se da en la propia administración de justicia y que, de acuerdo con el Informe corrupción y derechos humanos: estándares interamericanos (CIDH, 2019), está íntimamente ligada con el incumplimiento de la obligación de investigar y sancionar la corrupción, genera situaciones de impunidad crónica. La obligación de investigar incluye el cierre de indagaciones sin agotar las diligencias pertinentes o la protección de las altas autoridades involucradas en actos o sistemas de corrupción.

El Informe también señala:

Establecer las responsabilidades derivadas de los actos de corrupción es una función delegada precisamente en los sistemas judiciales, por lo que la Comisión considera necesario garantizar las condiciones para que estos puedan perseguir adecuadamente la corrupción, particularmente, las formas más complejas en que esta se da en nuestra región [CIDH, 2019].

En suma, la regulación actual de los criterios de oportunidad y del procedimiento abreviado y su utilización en casos como los que se comentan está lejos de conciliar la totalidad de las pretensiones que existen alrededor de la justificación legal para su uso: i) la del Estado y el sistema de justicia en su conjunto que busca administrar justicia y que los delitos no queden impunes; ii) la del Ministerio Público, a quien le corresponde probar en el juicio oral la acusación y le conviene concluir casos en forma rápida; iii) la de los jueces, que al ser relevados de asuntos de baja lesividad o complejidad pueden juzgar mejor los de alta lesividad o complejidad; iv) la del inculpado, que desea obtener una disminución de la pena, lo que consigue a cambio de confesar los hechos o la responsabilidad y negociar los cargos o la pena, y v) la de las víctimas, consistente en que los daños les sean reparados.

En los grandes asuntos de corrupción las únicas pretensiones que se satisfacen con la aplicación del criterio de oportunidad son las del fiscal y el imputado, lo mismo con la tramitación de procedimientos abreviados en los que el Ministerio Público es relevado de investigar y el imputado es relevado de la obligación de aportar pruebas y de asumir la responsabilidad de la totalidad de delitos.

6. El caso (premio a) Javier Duarte Ochoa

El procedimiento abreviado que se siguió en contra del exgobernador Javier Duarte Ochoa entre 2017 y 2018 ilustra los problemas que hemos advertido, y muestra de manera clara cómo en estos casos (en contra de gobernantes o funcionarios de primer nivel de responsabilidad) su aplicación distorsiona las bondades del procedimiento y contraviene seriamente los fines del proceso penal.

6.1. Caso Javier Duarte (2018)

De acuerdo con diversas estimaciones públicas, en la administración de Javier Duarte Ochoa, otrora gobernador de Veracruz (2010-2016), se desviaron o desaparecieron 57,250 millones de pesos, provenientes de recursos públicos (federales y estatales). En palabras del entonces titular de la Auditoría Superior

de la Federación, se trata de un fraude con recursos públicos "nunca antes visto" (Ángel, 2017, p. 45).

Cuando el escándalo ya era de dominio público, Duarte Ochoa pidió licencia al Congreso para dejar el cargo y se fugó, en octubre de 2016. En 2017 fue detenido en Guatemala y en julio fue extraditado a México. La entonces Procuraduría General de la República (PGR) –que dependía de Presidencia–¹⁰ solicitó al juez que le impusiera prisión preventiva oficiosa por los delitos de delincuencia organizada y operaciones con recursos de procedencia ilícita, pedimento que fue concedido el 22 de julio de 2017.

Un año después, el 21 de agosto de 2018, a la espera de que terminara el sexenio presidencial de su compañero de partido (Enrique Peña Nieto [2012-2018]), la aún PGR presentó al juez un cambio en la acusación. En la audiencia de preparación de pruebas el Ministerio Público y Duarte informaron al juez que habían llegado a un acuerdo, por lo que, sin más, se tramitó un procedimiento abreviado. La fiscal informó que la nueva acusación era por asociación delictuosa –delito menos grave que el de crimen organizado, por tanto, con menor penalización– y operaciones con recursos de procedencia ilícita. Por el delito de asociación delictuosa, la fiscal solicitó una pena de cuatro años y seis meses de prisión y de 90 días de multa, y por el de operaciones con recursos de procedencia ilícita, una pena de prisión de cuatro años y seis meses y de 900 días de multa.

En la audiencia para dictar sentencia, el juez explicó a Duarte qué es el procedimiento abreviado y cuáles son las consecuencias y beneficios: "El principal beneficio sin duda es que bajo los términos del procedimiento abreviado del sistema penal acusatorio que impera actualmente en México garantizaría la pena mínima del delito o los delitos reprochados y además habría la posibilidad de que se le imponga una reducción a esas sanciones". El 26 de septiembre de 2018 se dictó la sentencia en la que "se le imponen las penas que fueron previamente aceptadas por las partes y propuestas a este juzgador" (Animal Político, 2019).

¹⁰ En febrero de 2019, el Congreso de la Unión nombró al primer fiscal general de la república.

¿Por qué se autorizó el cambio de juicio ordinario a procedimiento abreviado? ¿Cómo se llegó a la determinación de que serían esos delitos y no los demás? ¿Por qué el juez aprobó el cambio de la acusación pese a que se trataba de delitos graves y de alta relevancia social? ¿Cómo se garantizó la reparación del daño? ¿Por qué no se enjuició a las personas que participaron o le ayudaron? ¿Por qué el representante de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público no se opuso? ¿Dónde está el dinero que se obtuvo de manera ilícita? ¿Qué beneficio tuvo el Estado o los habitantes de Veracruz? Éstas son sólo algunas de las preguntas que surgen al revisar el caso y que en esencia cuestionan la utilización del procedimiento abreviado en este tipo de asuntos y muestran su falta de idoneidad para cumplir con los fines del derecho penal.

6.2. Tesis I.6o.P.144 P (10a.) de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

El Poder Judicial federal, mediante uno de sus criterios, advirtió una línea roja en la utilización del procedimiento abreviado en relación con el concurso de delitos. La tesis de jurisprudencia I.6o.P.144 P (10a.), de rubro: PROCEDIMIENTO ABREVIADO. LA IMPOSICIÓN DE PENAS EN CONCURSO DE DELITOS, ES UNA FACULTAD EXCLUSIVA DEL JUEZ DE CONTROL QUE NO ESTÁ SUPEDITADA AL CONVENIO QUE REALICEN LAS PARTES AL SOLICITAR ESTA FORMA DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO PENAL, suaviza el desplazamiento de la figura del juez cuando el procedimiento abreviado implica concurso de delitos.

De acuerdo con este criterio, el sistema procesal acusatorio y el procedimiento abreviado instaurado en México está diseñado para que el juez de control pueda verificar que se cumplan las disposiciones constitucionales y procedimentales aplicables; en cuanto al beneficio de reducción de las penas se señala:

dicha solicitud no puede trastocar la facultad exclusiva del Juez de control para imponerlas en ese parámetro reducido, pues tratándose de un concurso de delitos, la imposición de las penas es una facultad exclusiva de la autoridad jurisdiccional, [...]. Por

tanto, es al Juez de control a quien corresponderá decidir y aplicar las penas correspondientes a dicho concurso, y no a las partes procesales al convenir el procedimiento abreviado.¹¹

El problema es que no tiene fuerza de ley, pese a ser un criterio relevante, pues logra advertir la diferencia cardinal entre estar frente a un delito y estar ante varios o muchos (concurso de delitos) y el desplazamiento indebido del juez para que pueda cumplir su mandato.

7. Colaboración con los fiscales y premios punitivos

El sistema acusatorio premia la colaboración eficaz de los autores o partícipes de delitos con la disminución de las penas. La colaboración eficaz, en esencia, consiste en ofrecer al acusador público (Ministerio Público o fiscal) información o pruebas de la participación propia (autoincriminación) o la de otros (delación). Estos dos tipos de colaboración son relevantes en relación con los delitos y los premios que pueden otorgarse a los colaboradores. El momento procedimental en que ocurra una u otra cosa y la calidad de la colaboración incide (o debería incidir) en la determinación del premio. En cuanto a la temporalidad en que ocurre, en un esquema general, se vería como en el cuadro 7.

Cuadro 7. Esquema de la colaboración eficaz

Etapas del procedimiento penal				
	Investigación	Fase intermedia	Juicio	
A	Colaboración eficaz			B

Fuente: Elaboración propia.

¹¹ SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 18/2019. 30 de mayo de 2019. Mayoría de votos. Disidente: María Elena Leguizamó Ferrer. Ponente: Fernando Córdova del Valle. Secretario: Gerardo Flores Zavala.

Amparo directo 55/2019. 6 de junio de 2019. Unanimidad de votos. Ponente: María Elena Leguizamó Ferrer. Secretario: Mark Hilario Azcorra.

Amparo directo 63/2019. 6 de junio de 2019. Unanimidad de votos. Ponente: María Elena Leguizamó Ferrer. Secretario: Mark Hilario Azcorra.

Nota: La tesis de jurisprudencia 1a./J. 5/93 citada, aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXI, mayo de 2005, página 89, registro digital: 178509.

En la lógica del sistema (colaboración-premios), entre más cerca del punto A se dé la colaboración mayor será el premio; por el contrario, entre más cerca suceda de B, es decir, entre más avanzado esté un asunto, menor será el premio. En otras palabras: entre más pronto, mejor. La posibilidad de colaborar con la justicia es permanente, puede darse en cualquier momento, pero cuando quien colabora es autor o partícipe de delitos, entre menos recursos y tiempo le ahorre al sistema mayor es el premio.

7.1. Formas abreviadas y respuesta penal premial

En los procedimientos abreviados el imputado obtiene una disminución en la pena a cambio de colaborar (autoincriminarse) con el fiscal. Para poder tramitar un procedimiento abreviado se requiere que el imputado acepte los hechos, los cargos, las pruebas o la responsabilidad, lo que le asegura un beneficio procesal (premio) consistente en la reducción de la pena.

En Argentina, el fiscal puede solicitar menos de la mitad de la pena prevista para el caso. En Chile, la aceptación de los hechos y los antecedentes de la investigación se consideran una atenuante para la determinación de la pena; el fiscal puede solicitar una pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley. En Colombia se emplea una escala gradual de rebajas punitivas que obedece a la idea de que cuanto más lejos está el proceso del juicio genera mayor reconocimiento el allanamiento o el preacuerdo; existen tres momentos para aplicar las rebajas: si la aceptación ocurre en la audiencia de formulación de la imputación el descuento va de un tercio a la mitad de la pena; si sucede en la audiencia preparatoria el descuento es de una sexta parte a una tercera parte, y si ocurre al inicio del juicio, un descuento fijo de una sexta parte. En México, el CNPP dispone que el Ministerio Público podrá solicitar la reducción de la pena de hasta un tercio de la mínima en los casos de delitos dolosos y hasta en una mitad de la mínima en el caso de delitos culposos. En Perú, el imputado que se acoja a este proceso recibirá un beneficio de reducción de la pena de una sexta parte, este beneficio es adicional y se acumula al que reciba por confesión si ésta es útil y anterior a la celebración del proceso especial.

Una crítica importante advierte que un derecho penal en el que se persigue la efectividad a cuenta de ofrecer ventajas punitivas a los procesados no es más que otra manifestación de la misma crisis de legitimidad del sistema, pero que socava con severidad la estructura del Estado del derecho liberal (Castaño, 2013, p. 167).

7.2. Acuerdos de cooperación eficaz o delación premiada

La cooperación eficaz es un recurso de los sistemas penales para lograr un acuerdo de colaboración con quien tiene información o pruebas de la comisión de delitos. Estos acuerdos también se conocen como delación premiada. Se celebran entre el fiscal y el autor o partícipe de uno o varios delitos –quien tiene información y pruebas de su propia participación y la de otros–, pero la colaboración va más lejos del reconocimiento de la participación en los hechos o de su responsabilidad en la comisión de éstos.

En algunos sistemas acusatorios la cooperación eficaz se entiende como un recurso que consiste en un acuerdo de suministro de datos, instrumentos, efectos, bienes o informaciones precisas, verídicas y comprobables, que contribuyan necesariamente al esclarecimiento de los hechos investigados, permitan la identificación de sus responsables o sirvan para prevenir, neutralizar o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad (Ecuador, Perú); para evitar que el delito continúe ejecutándose o que se realicen otros (Colombia); conocer las circunstancias en las que se planificó y ejecutó el delito o en las que se planificó o ejecutó; identificar a los autores y partícipes de un delito cometido o por cometerse o a los integrantes de la organización delictiva y su funcionamiento, de modo que permita desarticularla o menguarla o detener a uno o varios de sus miembros; entregar los instrumentos, efectos, ganancias y bienes delictivos relacionados con las actividades de la organización delictiva, averiguar el paradero o destino de los mismos o indicar las fuentes de financiamiento y aprovisionamiento de la organización delictiva (Perú); cuando aporta información esencial y eficaz para la persecución de un delito más grave del que se le imputa (México), y cuando suministra información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada (Colombia).

Mientras que en algunos sistemas las actuaciones relacionadas con la cooperación eficaz deben guardarse en secreto y mantenerse fuera de actuaciones judiciales (Ecuador), de manera que el colaborador no se presenta o comparece ante los juicios en contra de otras personas, en otros, por el contrario, se requiere que el colaborador se comprometa a comparecer en juicio (México) o sirva como testigo de cargo contra los demás procesados (Colombia).

Los acuerdos de colaboración eficaz son un recurso para obtener información y pruebas que son difíciles de conseguir en delitos cuya investigación es compleja y que son de interés prioritario para los Estados. En Perú, algunos de los delitos que pueden ser objeto del acuerdo de colaboración eficaz son los siguientes:

a) Asociación ilícita, terrorismo, lavado de activos, delitos informáticos, contra la humanidad, trata de personas y sicariato.

b) Todos los casos de criminalidad organizada previstos en la ley de la materia.

c) Concusión, peculado, corrupción de funcionarios, delitos tributarios, delitos aduaneros contra la fe pública y contra el orden migratorio, siempre que el delito sea cometido en concierto por pluralidad de personas.

Al igual que en el procedimiento abreviado, el colaborador recibe beneficios punitivos a cambio de la colaboración. La diferencia es que ésta no es para auto-incriminarse, sino para incriminar a otras personas. El otorgamiento de los beneficios suele estar vinculado al tipo o calidad de la información, a la utilidad de ésta, a la magnitud de la cooperación proporcionada, al momento procesal en que se proporciona la información, a la gravedad de los delitos que el imputado ha contribuido a esclarecer o impedir, así como a la gravedad de los hechos que se le atribuyen al colaborador y la responsabilidad que le corresponde por ellos.

En algunos países la colaboración eficaz se emplea en el marco de la aplicación de los criterios o el principio de oportunidad (Colombia y México), de manera que tiene como efecto el no ejercicio de la acción penal. Teniendo en cuenta el

grado de eficacia o importancia de la colaboración y la responsabilidad por el hecho, el colaborador puede obtener como beneficio premial una disminución de la pena (Argentina y Ecuador¹²) o incluso la exención de ésta (Colombia¹³ y Perú) cuando la información permita evitar un delito de especial connotación y gravedad; identificar de manera categórica y propiciar la detención de líderes de especial importancia en la organización delictiva, y descubrir concluyentemente aspectos sustantivos de las fuentes de financiamiento y aprovisionamiento de la organización delictiva o de los instrumentos, efectos, ganancias y bienes delictivos de notoria importancia para los fines de la organización (Perú). En Ecuador, el código establece que en casos de alta relevancia social y cuando el testimonio permita procesar a los integrantes de la cúpula de la organización delictiva, la o el fiscal solicitará a la juzgadora o al juzgador una pena no menor a 10% del mínimo de la pena fijada para la infracción contra la persona procesada que colaboró eficazmente.

Perú es un sistema aparte, ya que la colaboración eficaz es un proceso autónomo y puede comprender información de interés para una o varias investigaciones a cargo de otros fiscales. El fiscal está facultado para promover o recibir solicitudes de colaboración a fin de iniciar el procedimiento de corroboración de la eficacia de la información y, si corresponde, a suscribir el acuerdo de beneficios y colaboración con personas naturales o jurídicas que se encuentren o no sometidas a un proceso penal.

Una crítica a estos acuerdos señala que el abuso en los métodos de negociación puede llevar a que el acusador termine modificando el derecho penal sustantivo al emplear la técnica de rebaja de penas, pues por medio de estas prácticas se crean normas penales *ad hoc* aplicables al caso particular (Castaño, 2013, p. 172).

¹² La reducción de la pena se determinará con posterioridad a la individualización de la sanción penal, según las circunstancias atenuantes o agravantes generales que concurren de acuerdo con las reglas generales.

¹³ Por regla general, no se concederán inmunidades totales, salvo cuando el beneficio obtenido para la justicia, la sociedad y las víctimas sea significativamente superior al obtenido por el procesado.

7.3. Cooperación y premios

El permiso legal para que el Ministerio Público se sienta a negociar con delinquentes confesos y les otorgue beneficios (premios) encuentra su justificación en la posibilidad de que el Estado y el sistema de justicia obtengan un beneficio vinculado a evitar otros delitos, desarticular organizaciones poderosas, recuperar lo obtenido en forma ilícita, evitar la impunidad en delitos graves y, en general, conseguir el cumplimiento de los fines del derecho penal. De manera que podemos decir que el sistema premia por el beneficio público que se obtiene y no por la colaboración en sí misma.

Una diferencia central entre los tres tipos de recursos vistos (criterio de oportunidad, procedimiento abreviado y procedimiento de colaboración eficaz) es que mientras los criterios o el principio de oportunidad y el procedimiento abreviado ayudan a depurar al sistema de asuntos que pueden resolverse de manera sencilla y rápida, por el contrario, los acuerdos de colaboración ayudan a demostrar o probar delitos graves y que su combate es prioritario para el sistema de justicia.

Por esta razón, en algunos sistemas (Argentina, Chile, Ecuador, México y Perú) el fiscal no puede aplicar un criterio o principio de oportunidad cuando el delito afecta gravemente el interés público. En otros, no puede concluir una investigación o sobreseer —entre otras causas— cuando los delitos son de trascendencia pública, crimen organizado o hayan intervenido funcionarios públicos, sin contar con el acuerdo del fiscal revisor, quien debe solicitar el sobreseimiento al juez con funciones de garantías (Argentina). En otras palabras, las herramientas del sistema acusatorio no deben emplearse para premiar la confesión, sino la colaboración eficaz con la justicia.

8. Propuesta de corrección al Código Nacional de Procedimientos Penales

Según vimos, los criterios para el no ejercicio de la acción penal y las formas de terminación rápida se justifican en su utilidad para conseguir propósitos públicos valiosos para el sistema penal. De ahí la importancia de diferenciar

los supuestos y delitos (considerando su grado de lesividad y complejidad) en los que unos y otros se pueden aplicar.

8.1. Se debe separar la colaboración eficaz de la regulación de los criterios de oportunidad

Hemos insistido en que la aplicación de los criterios de oportunidad es útil en la medida en que permite descartar asuntos considerados de baja lesividad o complejidad y que, por el contrario, la colaboración eficaz es una herramienta de gran ayuda en delitos considerados de mayor gravedad o complejidad.

El CNPP mezcla estas dos herramientas al incluir en las causales que dan lugar a la aplicación del criterio de oportunidad un supuesto de colaboración eficaz "cuando el imputado aporte información esencial y eficaz para la persecución de un delito más grave del que se le imputa, y se comprometa a comparecer en juicio" (artículo 256).

Es cierto que el Código establece que el criterio de oportunidad no podrá aplicarse en los casos de delitos "que afecten gravemente el interés público", pero dado que no existe una definición legal de lo que queda comprendido en esa expresión, deja un enorme margen de discrecionalidad al Ministerio Público, lo que incrementa los riesgos de arbitrariedad. También es cierto que la posibilidad de aplicar el criterio está constreñida a la existencia de criterios normativos y lineamientos, pero su emisión está a cargo del propio fiscal.

Entre enero de 2016 y diciembre de 2017 hubo tres titulares de la entonces Procuraduría General de la República, y cada uno expidió sus propios lineamientos al respecto. El actual fiscal general de la república, Alejandro Gertz Manero, quien lleva más de un año en el cargo,¹⁴ no ha publicado los lineamientos para aplicar el criterio de oportunidad, lo que afecta la certeza que debe regir sus actos, y autoamplia el ámbito de discrecionalidad de su actuación.

¹⁴ A la fecha en que se termina de escribir este trabajo.

La colaboración eficaz en la investigación de delitos graves y, en particular, en hechos de corrupción ha demostrado ser una extraordinaria fuente de información para destapar o documentar delitos relevantes o tramas relacionadas con importantes mecanismos de corrupción de servidores públicos del más alto nivel, para conseguir pruebas contundentes de cargo para su condena y para recuperar lo obtenido en forma ilícita, de ahí su importancia para obtener información esencial y pruebas que por otros medios son muy difíciles de conseguir, debido a la secrecía con que se manejan quienes cometen actos de corrupción.

Dado que la finalidad de cada una de estas dos herramientas es muy diferente, la colaboración eficaz debe regularse en forma independiente a los criterios de oportunidad (como en Perú). Así, mientras que los criterios de oportunidad deben emplearse para descartar asuntos de baja lesividad o irrelevantes para el sistema, la colaboración eficaz debe servir para fomentar y premiar las delaciones (acusación de otros) o las autodenuncias en asuntos de la mayor gravedad.

8.2. Los criterios de oportunidad no deben aplicarse cuando se trata de hechos de corrupción en contra de altos funcionarios

Por las razones expuestas en el apartado 5, debe prohibirse aplicar criterios de oportunidad cuando las personas acusadas de cometer los delitos tienen mayor responsabilidad en el servicio público debido al origen de su nombramiento o designación o por las funciones que realizan, o bien cuando hay concurso de delitos.

8.3. El procedimiento abreviado debe excluir explícitamente los delitos por hechos de corrupción cometidos por altos funcionarios

El CNPP debe establecer –como indica la Constitución– los supuestos de procedencia del procedimiento abreviado. En concreto, se considera indispensable que el Código especifique los delitos que pueden resolverse empleando tal procedimiento (como en Colombia), y excluya taxativamente aquellos en los que no

se puede usar, entre ellos, los delitos por hechos de corrupción cometidos por las y los gobernantes, así como quienes por sus funciones o por los presupuestos que manejan tienen alta responsabilidad.

Los actos imputados o cometidos por servidoras y servidores públicos elegidos para gobernar o con alta responsabilidad deben ser conocidos y juzgados por jueces mediante juicios ordinarios o especiales para este tipo de actores y partícipes.

9. Reflexión final

Entender lo que pasaba en México en términos de administración de justicia cuando se reformó la Constitución, en 2008, no era difícil, porque el problema estaba muy bien diagnosticado desde hacía mucho tiempo. El paso al sistema acusatorio, aunque estuvo justificado, no ha logrado mejorar de forma sustantiva el funcionamiento del sistema de investigación y administración de justicia penal, debido —entre otras causas— a que el diseño defectuoso de algunas de sus herramientas esenciales provoca, en ciertos casos y delitos, excesos o impunidad.

Toda la teoría construida en torno al sistema acusatorio y las bondades de las herramientas otorgadas a los fiscales para liberar el sistema de justicia de asuntos menores o simples, mediante la aplicación de criterios de oportunidad y procedimientos abreviados, resulta inútil a menos de que entendamos cómo aplicarla correctamente.

En su aspecto positivo, la experiencia comparada muestra que la utilización de figuras jurídicas como los acuerdos de colaboración eficaz, el criterio o principio de oportunidad y la tramitación de procedimientos especiales como el abreviado, pueden ayudar a mejorar el funcionamiento de los sistemas de justicia, haciéndolo más rápido, predecible y confiable. En su aspecto negativo, la experiencia de implementación muestra lo contrario: mal entendidas y mal aplicadas pueden pervertir el sistema penal, al amplificar los espacios de discrecionalidad, arbitrariedad e impunidad.

México sigue la tendencia de los sistemas de justicia acusatorios, para evitar la innecesaria criminalización e inflación punitiva y enfocarse en los delitos complejos. En este sentido, el Plan de Persecución Penal (Provisional) de la Fiscalía General de la República (de marzo de 2019) sustenta criterios para distinguir el tratamiento que dará a la gran cantidad de denuncias que recibe diariamente, "optimizando y maximizando tanto sus recursos personales y financieros, como los mecanismos procesales disponibles" (FGR, 2019b).

De acuerdo con el Plan, la atención dependerá del grado de complejidad investigativa y persecutoria que representa cada delito conforme a dos grandes categorías: de baja complejidad (de fácil tratamiento para la institución y que no implica un mayor ejercicio de recursos) y delitos complejos¹⁵ (conductas delictivas de mayor gravedad que, por su naturaleza, implican un alto grado de ejercicio de recursos humanos, materiales y financieros), que requieren el involucramiento de otras instituciones en su investigación y persecución (FGR, 2019b).

Los datos acerca de la gestión de delitos complejos federales revelan un panorama muy preocupante. La propia Fiscalía General de la República indica que "se judicializaron muy pocos asuntos relacionados con delitos complejos que constituyen mercados criminales" (FGR, 2019b). También, que desde que se implementó el sistema penal vigente se han iniciado 270 mil 282 carpetas de investigación, de las cuales sólo se ha judicializado 15% y apenas 4% obtuvo sentencia condenatoria. La distribución de la incidencia delictiva de las carpetas de investigación iniciadas entre 2016 y 2018 indica que 60% corresponde a delitos de baja complejidad; en contraste, delitos complejos de delincuencia organizada apenas aparecen en los registros (0.21%).

¹⁵ En Perú, el artículo 342, numeral 3, del Código Procesal Penal establece que "Corresponde al Fiscal emitir la disposición que declara complejo el proceso cuando: a) requiera de la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación; b) comprenda la investigación de numerosos delitos; c) involucra una cantidad importante de imputados o agraviados; d) demanda la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos; e) necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país; f) involucra llevar a cabo diligencias en varios distritos judiciales; g) revisa la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado; o h) comprenda la investigación de delitos perpetrados por integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma".

Lo anterior –de acuerdo con la propia Fiscalía– ejemplifica que existe un problema de priorización de los delitos que se van a investigar. Los datos se confirman con los del informe que el Consejo de la Judicatura Federal presentó al Senado de la República,¹⁶ del universo de causas penales judicializadas por la extinta PGR (33,935), entre noviembre de 2014 y junio de 2018, 7% concernieron a robo de hidrocarburos; 3%, a delitos fiscales; 1.9%, a delitos ambientales; 1.8%, a secuestros; 1%, a tráfico de personas; 0.23%, a delincuencia organizada, y 0.1%, a trata de personas (FGR, 2019b).

En resumen, aun con las herramientas que el sistema acusatorio incorporó para gestionar los asuntos penales, los delitos complejos no parecen llegar a los jueces. La autocrítica de la Fiscalía General de la República resume el problema: "al no combatir efectivamente los delitos complejos, la institución no está contribuyendo a garantizar el Estado Democrático de Derecho, ni a preservar el cumplimiento de su mandato Constitucional porque no ejecuta su misión actual de procurar justicia federal de manera eficaz y eficiente" (FGR, 2019b).

Pese a que abundan los escándalos de corrupción en los que se acusa a políticos y empresarios del más alto nivel y los índices de percepción social consideran que la corrupción es uno de los principales problemas del país, no parece que los asuntos de corrupción que son de interés para este estudio estén siendo investigados y perseguidos por el sistema de justicia. Esto se confirma con otras fuentes: el Censo Nacional de Procuración de Justicia Federal 2019 reporta un total de 19 averiguaciones previas por hechos de corrupción, de las cuales, seis son por ejercicio indebido del servicio público, seis por abuso de autoridad, cuatro por cohecho, dos por peculado y una por tráfico de influencias, no hay investigaciones por enriquecimiento ilícito o ejercicio abusivo de funciones y tampoco hay carpetas de investigación. Este último dato (averiguaciones previas frente a carpetas de investigación) sugiere que se trata de asuntos iniciados con el anterior sistema, el inquisitivo.

¹⁶ Consejo de la Judicatura Federal. Cuarto Informe al Congreso de la Unión para los fines previstos en el artículo décimo tercero transitorio del Código Nacional de Procedimientos Penales. Junio de 2018.

Así, el caso de Javier Duarte ilustra de forma clara los problemas que hemos comentado respecto al uso de las herramientas, especialmente por parte de los fiscales, y lo necesario que es hacer la corrección al Código Nacional de Procedimientos Penales para que los asuntos que lleguen a los jueces sean los complejos y ellos determinen la mejor manera de resolverlos. Los fiscales no deben usar herramientas que sirven para conducir delitos de baja complejidad para premiar a los más poderosos y corruptos. Los delitos de corrupción cometidos por los niveles más altos de la burocracia deben ser investigados de manera exhaustiva y ser juzgados por las juezas y los jueces conforme a los parámetros de mayor rigor jurídico, debido a la enorme afectación que causa la utilización perversa de los cargos y a que tienen mayor responsabilidad en el ejercicio de éstos.

Fuentes

Aguad, B., Biaciontti, G. y Olmedo (2011), *La regulación provincial del principio de oportunidad. Sistematización comparativa de las legislaciones provinciales que receptan institutos de oportunidad procesal*, Argentina, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Ciencias Penales.

Ángel, A. (2017), *Duarte, el priista perfecto*, México, Grijalbo.

Bovino, A. (1996), "El principio de oportunidad en el Código Procesal Penal peruano", *Ius et veritas*, núm. 7, vol. 12, pp. 159-169.

Castaño, V. R. (2013), "El sistema penal acusatorio en Colombia y el modelo de derecho penal premial. Análisis de las sentencias 36.502 de 2011 y 38.285 de 2012 de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia C-645 de 2012 de la Corte Constitucional", *Revista Nuevo Foro Penal*, núm. 9, vol. 80, pp. 165-185.

Ferrajoli, L., y Bobbio, N. (1995), *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, España, Trotta Madrid.

García Ramírez, Sergio (2014), "Comentario sobre el Código Nacional de Procedimientos Penales de 2014", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 47, vol. 141, versión en línea.

González Obregón, D. C. (2014), *Manual práctico del juicio oral*, 3a. ed., México, Instituto Nacional de Ciencias Penales.

McConkie, D. S. (2015), "Judges as framers of plea bargaining", *Stan. L. & Pol'y Rev.*, núm. 26, vol. 61.

Ortiz, J. C. (2017), "La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia", *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, núm. 3, vol. 1, pp. 39-70, disponible en: «<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.38>». [Última fecha de consulta: de 10 junio de 2020].

Pásara, L. (2015), *La justicia en la región andina. Miradas de cerca a Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú*, Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica de Perú.

Pucheta, S. D. (2017), "El sistema acusatorio en los procesos penales de América del Sur", *Revista Argumentos. Estudios Transdisciplinarios sobre Culturas Jurídicas y Administración de Justicia*, núm. 4, pp. 1-19, disponible en «<http://revistaargumentos.justiciacordoba.gob.ar/index.php/primera/article/view/62>». [Última fecha de consulta: 15 de junio de 2020].

Vallejo, R. C. (2013), "El sistema penal acusatorio en Colombia y el modelo de derecho penal premial. Análisis de las sentencias 36.502 de 2011 y 38.285 de 2012 de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia C-645 de la Corte Constitucional", *Nuevo Foro Penal*, núm. 80, pp. 165-185.

CIDH (2019), Informe corrupción y derechos humanos: estándares interamericanos, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, disponible en: «www.oas.org/es/cidh/

informes/pdfs/CorrupcionDDHHES.pdf». [Última fecha de consulta: 15 de junio de 2020].

Comisión de Justicia del Senado de la República (2013), Síntesis Audiencias Públicas. Un nuevo Código de Procedimientos Penales, marzo y abril de 2013.

Consejo de la Judicatura Federal (2019), Anexo estadístico 2019, disponible en: «https://www.dgepj.cjf.gob.mx/resources/anexos/2019/graficas/intro_2019.pdf». [Última fecha de consulta: 15 de junio de 2020].

FGR (2019a), Criterios metodológicos para la elaboración del Plan de Persecución Penal, febrero de 2019, México, disponible en: «https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/537438/Metodolog_a_PPP.pdf». [Última fecha de consulta: 1o. de agosto de 2020].

_____ (2019b), Plan de Persecución Penal (Provisional), marzo de 2019, México, disponible en: «https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/537437/PPP_Provisional_Versi_n_Final_Firmada_con_Anexo.pdf». [Última fecha de consulta: 1o. de agosto de 2020].

Iniciativa de DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN DIVERSOS ARTÍCULOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, documento que el propio primer magistrado de la nación propone, a los 9 días del mes de marzo de 2017.

Legislaciones

Código Orgánico Integral Penal (2014).

Código Procesal Penal de Argentina (2019), Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica, Ediciones SAIJ.

Código Nacional Procedimientos Penales (2014), México, *Diario Oficial de la Federación*.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917).

Ley 906. Código de Procedimiento Penal Colombiano (2004).

Ley 19696, Código Procesal Penal (2000), Chile, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

Nuevo Código Procesal Penal (2004).

Videos

Animal Político (2019), Así fue el juicio de Javier Duarte, por el que recibió una pena de 9 años, [video], YouTube, disponible en: «https://www.youtube.com/watch?v=9b17-_s5pGs». [Última fecha de consulta: 15 de abril de 2020].

Noticieros Televisa (2019), Entrevista completa de Javier Duarte en Despierta, [video], disponible en: «<https://noticieros.televisa.com/ultimas-noticias/video-entrevista-javier-duarte-danielle-dithurbide-televisa/>». [Última fecha de consulta: 15 de junio de 2020].

RESEÑA

Referencia para un marco teórico de actualidad

Reseña de la obra Celano, Bruno (Palestra, 2019),
Los derechos en el Estado constitucional

OSCAR GUILLERMO BARRETO NOVA*

1. Cuestiones previas

El título en italiano de la obra que se reseña es *I diritti nello Stato costituzionale*, y la traducción al español fue de Félix Morales Luna, editada por Palestra, en diciembre de 2019. Antes de analizarla, es necesario precisar algunas cuestiones estructurales, no sin antes hacer una referencia curricular del autor.

2. Acerca del autor¹

Saber quién es el autor de un libro permite al lector entender y disfrutar de mejor manera la obra, pues conocer quién es la persona que escribe, cuál es su formación académica y si se adscribe a una determinada escuela o corriente filosófica permite ir más allá de la simple lectura del texto.

* Licenciado en Derecho por la Facultad de Estudios Superiores Acatlán de la Universidad Nacional Autónoma de México; con Especialidad en Derechos Humanos y Maestría en Derecho por la misma Universidad.

¹ El curriculum completo del autor está disponible en: «<https://www.unipa.it/persona/docenti/c/bruno.celano/?pagina=curriculum>».

En este orden de ideas, se presenta una muy breve reseña académica de Bruno Celano. En 1985 se graduó como licenciado en Filosofía (*laurea*) en la Universidad de Palermo (Italia); en 1992 obtuvo el doctorado en Filosofía Analítica y Jurisprudencia en la Universidad de Milán; desde 2001 es profesor titular (*professore ordinario*) de Filosofía del Derecho en la Universidad de Palermo.

Además, es miembro del comité asesor de las revistas *Ragion Pratica* (Il Mulino, Bolonia) y *Diritti Umani e Diritto Internazionale* (Franco Angeli, Milán), y del consejo editorial de las revistas *Diritto e Questioni Pubbliche* (Universidad de Palermo), *Legal Theory* (Cambridge University Press, Cambridge), *Analisi e Diritto* (Marcial Pons, Madrid), *Derecho, Ética y Filosofía* (Marcial Pons, Madrid) y *Revus-European Constitutionality Review* (Eslovenia).

En la academia, imparte las asignaturas Filosofía del Derecho, Derechos Humanos, Lógica y Metodología Jurídica, por mencionar algunas. Entre sus publicaciones se puede contar una gran cantidad de artículos, capítulos de libros y obras de su autoría. A guisa de ejemplo vale la pena mencionar los siguientes: *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla Legge di Hume* (1994), Turín, Giappichelli, pp. 765; *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica* (1999), Bolonia, Il Mulino, pp. 404, y *Dos estudios sobre la costumbre* (2000), México, Fontamara, pp. 119.

En vista de lo anterior, se debe concluir que estamos ante un autor prolífico, que tiene además una formación de corte filosófica antes que jurídica, por lo que en sus textos podemos apreciar esa carga argumentativa iusfilosófica.

3. Estructura del libro

La obra que se reseña está dividida en cuatro capítulos que van de la página 21 a la 205, además de contar con un apéndice y un epílogo; este último consiste en un debate con el profesor Manuel Atienza.

El lenguaje con el que está escrita pudiera parecer difícil para alguien que se encuentre por primera vez con ciertas teorías de la filosofía del derecho, pues,

como se ha advertido en líneas anteriores, la formación del autor es filosófica en un inicio.

4. Referencias bibliográficas

La bibliografía del libro es bastante extensa, pues corre de la página 273 a la 289. En dicho apartado se puede observar una amalgama de autores que van de los clásicos de la filosofía, en general, y del derecho, en particular, hasta autores contemporáneos, pero que sin duda son ya clásicos de la contemporaneidad. Para ejemplificar lo anterior, se puede ver citada a gente de la talla de Bentham, Bobbio, Dworkin, Ferrajoli, Hart, Hegel, Kant, Kelsen, Lyons, Moresso, Pozzolo, Pintore, Rawls, sólo por mencionar algunos.

5. Reseña por capítulos

Como ya se dijo, la obra se compone de cuatro capítulos, un apéndice y un epílogo; lo anterior implica que el texto cuente con una estructura atípica o poco vista en este tipo de obras.

5.1. Capítulo primero

En el primer capítulo, titulado "Los derechos en la jurisprudencia anglosajona contemporánea de Hart a Raz", el autor nos ubica en un ámbito temporal bien identificado, esto es, la segunda mitad del siglo XX. Lo anterior tiene como objetivo analizar el desarrollo teórico específicamente de dos autores que han sentado las bases de la teoría del derecho desde la visión anglosajona: W. N. Hohfeld y H. L. A. Hart. El análisis que hace Celano de las posturas teóricas señaladas pretende aislar el tema de los derechos respecto de la diversidad de temas que ocupa el desarrollo teórico de dichos autores.

Respecto a W. N. Hohfeld, pone énfasis en un punto central, esto es, la hipótesis reduccionista, la cual se basa en determinar si el lenguaje de los derechos puede

ser reducido a la lógica jurídica, es decir, a la lógica deóntica con sus respectivas modalidades. En este sentido, Celano apunta su crítica a lo que ha llamado "cuatro observaciones" respecto de la teoría de Hohfeld que desarrolla en este apartado.

Respecto de Hart, el análisis se vuelve más complejo en razón de su propia teoría. Luego de hacer una introducción de ésta, Celano desentraña el núcleo de la llamada *choice theory*, para después determinar cuáles son sus límites constitucionales.

Posteriormente, sigue analizando a Hart en lo general y la *choice theory* en particular, por medio de dos ideas; por un lado, presenta argumentos respecto al abandono de la *choice theory* y, por otro, analiza una visión dinámica de la misma, para, por último, determinar si esa postura teórica es viable con los llamados derechos sociales.

5.2. Capítulo segundo

En el segundo capítulo, titulado "¿Cómo debería ser la regulación constitucional de los derechos?", el autor se propone dar respuesta a la interrogante acerca de cómo debe ser una buena regulación constitucional en materia de derechos humanos, además de sensata y razonable, a lo que él denomina "condición de determinación".

En este sentido, se inclina por que las cartas de derechos constitucionales o las *bill of rights* contengan un número limitado de derechos, pero bien determinados. No obstante, el capítulo también ofrece razones de por qué una carta de derechos constitucional no está exenta de conflictos entre los derechos contenidos en ella.

Además, pone énfasis en que una carta de derechos debe tener un trasfondo teórico o doctrinal y el significado de reconstruir una doctrina en torno al tema.

5.3. Capítulo tercero

El tercer capítulo se titula "Derechos, principios y valores en el Estado constitucional (I): Nomoestática". En éste, Celano hace hincapié en las características del Estado constitucional; en ese sentido, se centra en analizar tres modelos: minimalista, irenista y particularista.

Por lo que respecta al primer modelo, el punto de partida es el hecho de que los principios y valores no están en conflicto, situación que, a decir del autor, es poco plausible; para sustentar lo anterior, no deja pasar inadvertido el análisis del tema de la ponderación para evidenciar la existencia de conflictos entre derechos, el cual aborda a partir de cuestiones generales inherentes a dicha doctrina, para después analizar el concepto de conflicto y los diferentes tipos que se dan entre derechos.

En cuanto al modelo irenista, señala que éste reconoce la diversidad de derechos, principios y valores que están presentes en el Estado constitucional; no obstante, también argumenta que los conflictos que se dan en torno a estos elementos sustanciales son *prima facie*, por lo que, afirma, los defensores de este tipo de modelo reconocen a la doctrina de la ponderación como metodología para la resolución del conflicto entre derechos.

En este sentido, deja ver de manera muy puntual lo que denomina estrategias conceptuales que pueden leerse en clave irenista, las cuales abarcan temas de relevancia, tales como limitación y regulación, contenido esencial de los derechos, reglas surgidas a partir de la ponderación, especificación en la aplicación de los derechos y conflictos entre normas derrotables, por enunciarlos de manera general.

En lo que se refiere al modelo particularista, señala que éste se aparta de la noción irenista de la ponderación, pues reconoce que los derechos realmente entran en conflicto, y no "a primera vista", es decir, el conflicto no es aparente, como lo sostiene el modelo irenista; otra idea importante en torno a este modelo

es que dispone que el resultado de una ponderación puede ser sujeto a revisión, esto es, no se trata de una regla de carácter definitivo.

5.4. Capítulo cuarto

El título del cuarto capítulo es "Derechos, principios y valores en el Estado constitucional (II): Nomodinámica". Se enfoca en dos problemas que el autor identifica en torno al Estado constitucional de derechos: el contenido de los derechos, valores y principios reconocidos en las constituciones y la estructura institucional del Estado de derecho, a lo que llama "problema de determinación".

En este capítulo, Celano vuelve al apartado que le precede para, con base en los distintos modelos presentados, dilucidar el problema respecto al contenido de los derechos, principios y valores.

Para abordar el segundo problema, Celano se pregunta cuál es la meta del Estado en el constitucionalismo contemporáneo; apoyándose en ideas de autores como Fioravanti, Ferrajoli y Zagrebelsky encamina su conclusión a la sujeción del Estado como institución al texto de la Constitución y su contenido sustantivo.

5.5. Apéndice

Este apartado lleva por título "Igualdad y derechos en la cultura jurídico-política occidental moderna. Un mapa conceptual". En este espacio, Celano hace un análisis muy preciso de los derechos, así como de su fundamento histórico, no obstante lo anterior, también hay un estudio de los valores cuasiuniversales y que en la mayoría de las ocasiones conforman el núcleo de los derechos humanos, éstos son la igualdad, la libertad y la justicia.

En este orden de ideas, el apartado es muy pedagógico –si es posible la expresión–, pues presenta, como ya se señaló, un análisis conceptual y teórico de los elementos que componen el apéndice.

5.6. Epílogo. Positivismo y derechos, un debate

El apartado final de la obra que se reseña es un debate con Manuel Atienza, el cual se divide en dos subapartados; en el primero, el profesor de Alicante sintetiza lo que, desde su punto de vista, son los postulados esenciales del libro de Celano, para después presentar sus afinidades y discrepancias en torno a las ideas contenidas en el libro.

En el segundo subapartado, y como es de suponerse en un debate, Celano da respuesta sobre todo a las discrepancias de Manuel Atienza. Entre los puntos de debate se hallan temas como valores, normas, positivismo frente al post-positivismo, conflictos entre derechos fundamentales, por mencionar algunos.

Ahora bien, es posible que este debate no sea tan conocido como el que Manuel Atienza sostuvo con Juan Antonio García Amado sobre la ponderación, sin embargo, el lector sale ganando con su lectura, pues tanto Atienza como Celano ofrecen argumentos de peso tanto para defender sus posturas como para apartarse de las ideas del otro, por lo que se invita a no pasar por alto este apartado del libro.

6. Conclusión

Los derechos en el Estado constitucional es una obra más que básica, necesaria e indispensable para todas aquellas personas interesadas en entender dos fenómenos que se unen en una arista común: los derechos fundamentales como contenido, y el Estado constitucional que hace las veces de continente.

Entender estos fenómenos es obligatorio, más si se comprenden a partir de la visión de un autor de sobrada calidad y con un cúmulo de experiencia académica bien consolidada que se ve reflejada en una gran cantidad de publicaciones realizadas.

La obra reseñada no sólo ilustra las bondades de los derechos en un Estado constitucional, sino que también invita a la reflexión acerca de la problemática de la estructura, así como del lenguaje inherente de los derechos.

Su aparición en español debe celebrarse, puesto que constituye un insumo para la judicatura y la academia, así como para los abogados postulantes, al ser un referente teórico que puede auxiliar en las actividades propias de las diferentes áreas de la ciencia jurídica que se aboquen a la lectura de la obra, pues en la medida en que textos de esta calidad sean leídos y divulgados en el foro, saldremos ganando todos.

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley Oldstyle de 8, 9, 11, 13 y 15 puntos. Noviembre de 2020.

<http://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/>

