

## Revisión judicial dialógica

Mark Tushnet\*

En el plano constitucional las innovaciones no son algo frecuente. Algunas –muy pocas- fueron introducidas a lo largo del tiempo y se ven reflejadas en la representación proporcional a fines del siglo XVIII, las Cortes constitucionales centralizadas y especializadas inventadas por Hans Kelsen a fines de la década de 1920, el sistema semi-presidencial francés en los años ‘50, y algunos otros pocos ejemplos que considero en mi lista.

Este ensayo trata sobre una reciente innovación en el plano de la revisión judicial, que llamo revisión judicial *dialógica*. Considero que la revisión judicial dialógica ha surgido a partir de la Carta de Derechos Canadiense de 1982. La Carta autoriza explícitamente la revisión judicial sin ninguna disposición especial que lidie con la Suprema Corte. La revisión dialógica surge de dos disposiciones, una sustantiva y otra procedimental. La disposición sustantiva es una cláusula de limitación general aplicable a todos los derechos constitucionales. Estos derechos -en los términos de la cláusula de limitaciones generales- están sujetos a restricciones impuestas por la ley que han justificadas en nombre de una sociedad libre y democrática.<sup>1</sup> La disposición procedimental es la así llamada cláusula de “a pesar de o anulación” -“*notwithstanding clause* o *overriding clause*”- de la sección 33. Esta sección autoriza a la Legislatura (nacional o provincial) a hacer su legislación efectiva por un periodo de 5 años, más allá de la posibilidad (o certeza) de que la legislación pueda ser considerada por algunos -incluyendo a los tribunales- como inconsistente con un número significativo de derechos contenidos en la Carta.<sup>2</sup>

Actualmente, la revisión dialógica es parte de las herramientas del diseño constitucional, y nos permite ver a algunos elementos propios de ese viejo diseño desde una perspectiva diferente. La razón es que la revisión dialógica trae a primer plano la inevitable tensión que existe dentro del constitucionalismo democrático, entre su compromiso con el autogobierno popular y su compromiso con el establecimiento de limitaciones sobre las mayorías populares. La modalidad de revisión judicial ejercida por la Suprema Corte de los Estados Unidos –una modalidad que he llamado de revisión judicial “fuerte”<sup>3</sup>- resuelve esta tensión reforzando de modo significativo el componente de la “limitación al poder popular” del constitucionalismo, y postula lo que Alexander Bickel llama la dificultad contra-mayoritaria. Los defensores de esta forma fuerte de revisión judicial ofrecen varias justificaciones de por qué la dificultad no es tan grande como sugiere Bickel: señalan, por ejemplo, que las ramas electas en el gobierno de los Estados Unidos no son completamente mayoritarias, por lo que la revisión fuerte representa, a lo sumo, una oposición a una versión particular de mayoritarismo -una que no describe realmente al sistema político americano, ni resulta especialmente atractiva en términos de moralidad política.<sup>5</sup>

Aquellos que siguen la tradición de Bickel no parecen persuadidos, en verdad, por estas respuestas. Aunque pueden aceptar alguna forma de revisión judicial como método razonable para satisfacer el doble compromiso del constitucionalismo<sup>6</sup> se preocupan porque la existencia de una forma fuerte de revisión –como ha ocurrido en ciertos momentos de la historia de los Estados Unidos- puede ser incapaz de asegurar el balance adecuado entre el autogobierno democrático y el establecimiento de límites sobre lo que las mayorías pueden hacer. Los jueces podrían sobreproteger el autogobierno democrático, como sugieren aquellos que critican el acuerdo constitucional posterior al *New Deal* diciendo que el mismo fue incapaz de proveer una protección adecuada a los derechos de propiedad contra la extra limitación democrática.<sup>7</sup> O podrían sobreproteger las limitaciones al autogobierno democrático, como han sugerido aquellos que critican las recientes decisiones judiciales destinadas a articular un derecho constitucional a la autonomía personal.<sup>8</sup>

Bickel propone una solución que, desde mi punto de vista, acepta la teoría de la revisión judicial fuerte, pero restringe la actuación de los jueces por medio de la doctrina constitucional. Bickel aceptó el acuerdo constitucional posterior al *New Deal*, que hace una distinción entre temas de política –que no resultan sujetos a un control judicial significativo- y temas relacionados con los derechos constitucionales –en donde los tribunales fueron autorizados a actuar. Pero, dentro del terreno de los derechos, se suponía que los jueces dependerían de técnicas especiales, llamadas *principios*, para cuyo empleo eran más hábiles los abogados que los legisladores. Considero que es justo aclarar que esta última solución no ha resultado satisfactoria para la mayoría de los observadores.<sup>9</sup>

John Hart Ely ofreció una solución distinta.<sup>10</sup> Si Bickel concentraba su trabajo sobre *las limitaciones impuestas al autogobierno democrático*, en cambio, Ely tendió a concentrarse en el extremo opuesto. Ely ha notado que la mera idea del autogobierno democrático se basa en algunos supuestos: que debe haber elecciones regulares y razonablemente abiertas, que todos los intereses afectados deben tener un acceso razonable a la Legislatura por medio del voto y de la libre expresión, y unos cuantos más.<sup>11</sup> Sin embargo, algunas veces, los legisladores promulgan leyes que restringen severamente el mismo proceso democrático que justifica el poder que ejercen.<sup>12</sup> La revisión judicial fuerte no entra en tensión con el autogobierno democrático cuando deja de lado dichas leyes. Ely ha argumentado que la revisión judicial (que según él debería tomar la forma fuerte) ha estado justificada en aquellos casos en donde se trata solamente con estas leyes limitantes de la democracia.<sup>13</sup>

La solución de Ely no aporta demasiado pero ayuda a esclarecer el tema central del diseño institucional, del cual me ocupo aquí. La dificultad es que hay un desacuerdo razonable entre aquellos comprometidos a una democracia constitucional, sobre cuáles son los supuestos del autogobierno democrático, y cuándo es que aquellos son violados. Algunos –aquellos que siguen la tradición del republicanism cívico, por ejemplo- podrían afirmar que el autogobierno democrático requiere que cada ciudadano tenga seguridad material suficiente para que le permita a él o ella participar en la política de una manera verdaderamente independiente de las influencias impropias de aquellos de cuyo favor dependen los ciudadanos para su bienestar. Otros pueden tener preocupaciones en un nivel menor: aceptando que todos aquellos afectados por distintas leyes deben tener acceso razonable a la Legislatura, se preguntan si ese principio requiere algún grado de igualdad individual en la

representación (incluso si no se requiere *una persona, un voto*) o si en cambio permite algún grado de representación basada en el interés. Uno no tiene que tomar una posición respecto de cuál es la respuesta correcta a estas preocupaciones para observar que las personas pueden razonablemente estar en desacuerdo con la respuesta. Por lo tanto, la verdadera dificultad con la posición de Ely, en cuanto a la expresión de constitucionalismo democrático, yace en descifrar qué diseño institucional funciona mejor *dada* la existencia de desacuerdos razonables sobre el verdadero significado de las disposiciones constitucionales que restringen el autogobierno democrático.

La revisión judicial dialógica es una posibilidad interesante. Implica una modificación, razonablemente significativa, de la revisión judicial. En vez de dar a la revisión una forma fuerte, la debilita, y ese grado de debilitamiento dependerá de la forma precisa que tome. La idea básica de la revisión judicial dialógica es alentar interacciones -diálogos- entre las distintas ramas acerca de cuál de las interpretaciones rivales razonables sobre las provisiones constitucionales es la correcta. Un diálogo modelo puede tomar esta forma: La Legislatura promulga una ley que luego es declarada inconstitucional por la Suprema Corte al violar el significado que entiende esta Corte por protección constitucional a la libertad de expresión. La Legislatura puede responder de distintas formas. Puede que diga que la Suprema Corte servicialmente ha dirigido su atención a un problema constitucional que la Legislatura ha ignorado o infravalorado anteriormente. Por lo tanto, puede que al centrar su atención en la cuestión constitucional, termine estando de acuerdo con la interpretación de la Corte, y la Legislatura luego modifique la ley para que sea consistente con la interpretación de la Corte.<sup>14</sup> O, de modo aún más interesante, puede que la Legislatura concluya, luego de deliberar, que encuentra una interpretación de la provisión de la libertad de expresión según la cual la ley original era constitucional y sin modificación alguna más razonable que la de la Corte. Es importante observar que, en un sistema con revisión judicial dialógica, debe haber algún mecanismo -como el poder de veto de la sección 33-, para hacer que la insistencia de la Legislatura en su propia interpretación razonable sea legalmente efectiva.<sup>15</sup>

¿Cuáles son entonces las formas de la revisión judicial dialógica? Mi esquema de la revisión dialógica subraya un punto importante: El diálogo ocurre a través del tiempo -o secuencialmente. La dimensión temporal del diálogo nos permite incluir, con el modelo general de la revisión judicial dialógica, algunos aspectos que ya son familiares. De modo más obvio quizás, las enmiendas constitucionales que responden a interpretaciones judiciales pueden ser vistas como una forma de diálogo. Si modificar la constitución es relativamente fácil -como lo es en algunos sistemas constitucionales- el proceso de modificación puede ser parte de un sistema de revisión judicial dialógica.<sup>16</sup> Es cierto que existen muchas razones que demuestran lo dificultoso de modificar la constitución -pero incluso en un sistema con una regla de modificación relativamente dificultosa, las decisiones judiciales junto con las modificaciones constitucionales pueden ser vistas como un (muy lento) diálogo.

Con la dimensión temporal del diálogo en mente, podemos empezar a describir otras formas de revisión judicial dialógica.<sup>17</sup> El artículo clásico de Robert Dahl tomaba al reemplazo regular de jueces como un mecanismo de diálogo.<sup>18</sup> Es decir, puede suceder que una coalición política mantenga el poder por un tiempo

suficiente y que adhiera a una filosofía constitucional diferente a la prevaleciente en la Corte constitucional al momento en que asume al poder, pudiendo, a su vez, reemplazar a los jueces. Dos características de este mecanismo merecen ser mencionadas. Primero, que no es un método refinado de diálogo. A veces -aunque raramente- un nuevo juez puede ser nombrado específicamente para cambiar alguna interpretación constitucional con la cual la coalición gobernante no está de acuerdo.<sup>19</sup> Más a menudo, y creo que típicamente, todo lo que la coalición puede hacer es nombrar jueces cuyo enfoque general de la interpretación constitucional sea más compatible con el de la coalición, y esperar que los nuevos jueces usen ese enfoque si surge un caso que le importa a la coalición.

En segundo lugar, cuando hablamos de “*un tiempo suficiente*” dependerá de las normas que regulen la duración de los jueces en su cargo. En aquellos casos en que los jueces constitucionales tienen plazos fijos de duración en el cargo, la gente ya sabrá -sujeto al riesgo de enfermedad o muerte- exactamente cuándo una nueva coalición podrá tomar el control sobre la Corte constitucional. En aquellos casos en donde los jueces constitucionales conservan su cargo de forma vitalicia -algo relativamente inusual- el azar juega un rol más importante.

Dahl focalizó su análisis en un tipo de transformación de las Cortes en donde un grupo de jueces reemplaza a otro.<sup>20</sup> Recientemente, los académicos han identificado otros dos tipos de transformaciones en las que los jueces existentes rechazan las interpretaciones constitucionales que venían sosteniendo, en favor de interpretaciones apoyadas por otros actores constitucionales. En primer lugar, los jueces existentes pueden ser persuadidos por esas otras interpretaciones a pesar de que los mecanismos por los que opera dicha persuasión no son claros. Una posibilidad, subrayada por Reva Siegel y Robert Post, es que los jueces observen que un público movilizado – en términos de un movimiento social– está ofreciendo una nueva interpretación constitucional, y que la mera existencia de la movilización sea la razón por la que los jueces acepten la interpretación proferida.<sup>21</sup> Esto en ocasiones ocurre, pero creo, sin embargo, que habría que modificar el argumento para limitar el efecto que esto tiene sobre los jueces que en función de sus antecedentes están inclinados a aceptar la nueva interpretación.<sup>22</sup> En segundo lugar, el argumento de Bruce Ackerman acerca de los “cambios en el tiempo” restringe aún más el marco temporal.<sup>23</sup> El foco, nuevamente, está en los jueces existentes. Sin embargo, en vez de ser persuadidos por la visión constitucional de un movimiento social, los jueces simplemente ceden ante la intimidación por miedo a que no hacerlo signifique un daño en forma directa y permanente a las Cortes, perjudicándolos en forma indirecta a ellos mismos en tanto jueces por el tiempo en que ejerzan sus funciones.

Estos mecanismos -que operan a lo largo del tiempo en grados variables- operan conjuntamente con formas de revisión constitucional que pueden ser débiles o fuertes. En contraste, la Carta Canadiense involucraba una innovación institucional. Con la revisión dialógica, hay, o puede haber, un fenómeno casi en tiempo real, en donde los intercambios dialógicos ocurrirán tan rápidamente como puedan ser acomodados dentro del ritmo habitual de la política. La innovación Canadiense tiene dos aspectos. La llamada “*notwithstanding clause* o *overriding clause*” opera en el diálogo en forma directa.<sup>24</sup> La cláusula de las limitaciones generales actúa requiriendo una descripción un poco más detallada. La expresión “demostrablemente justificado” es la clave.<sup>25</sup> Tomemos como ejemplo una decisión de la Suprema Corte que declaró

la inconstitucionalidad de cierta ley sobre la base de que la Legislatura no demostró de forma adecuada que la violación de derechos era consistente con los requisitos de una sociedad libre y democrática. En respuesta, la Legislatura puede intentar desarrollar una mejor demostración en apoyo de la misma ley.

La revisión dialógica tiene características atractivas desde el punto de vista del constitucionalismo democrático. La mayoría de la gente piensa que -a diferencia de las Cortes- es menos probable que las Legislaturas tengan en cuenta los límites que el constitucionalismo le impone al autogobierno democrático.<sup>26</sup> La revisión dialógica capitaliza la ventaja institucional que tienen las Cortes en centrar la atención en valores constitucionales -en el marco del foro legislativo- conectados con problemas específicos. Esto promueve el valor constitucional de las limitaciones al autogobierno democrático. Una vez que se llama la atención de los legisladores acerca de los problemas, podemos luego promover el valor del autogobierno democrático, dejando la decisión final a la Legislatura.<sup>27</sup>

Ésa es -al menos- la teoría de la revisión judicial dialógica. ¿Qué ocurre en la práctica? La evidencia de los sistemas que han adoptado una forma de revisión judicial débil es ambigua, a pesar de que tiendo a pensar que es desalentadora para aquellos que admiran la invención de la revisión dialógica.

Los doctrinarios canadienses han debatido extensamente si la Suprema Corte Canadiense ha recurrido, en efecto, a la revisión dialógica.<sup>28</sup> Peter Hogg, quien acuñó el término, revisó todas las decisiones en que la Corte declaró la inconstitucionalidad de leyes por ser éstas inconsistentes con la Carta, y sostuvo que la Corte generalmente se atenía al modelo dialógico porque las Legislaturas consentían a la decisión de la Corte, o ajustaban las leyes para conformarlas a las decisiones de la Corte con las que (parece asumir Hogg), llegan a estar de acuerdo<sup>29</sup>. Los críticos de Hogg señalan que este comportamiento es tan compatible con la supremacía judicial como con la revisión dialógica, y que el test de la revisión dialógica realmente ocurre cuando la Corte abandona su interpretación constitucional en vistas de una interpretación alternativa preferida por el parlamento,<sup>30</sup> o cuando el parlamento usa su poder de veto de la sección 33, algo que no ha ocurrido en lo absoluto en los años desde que la Suprema Corte Canadiense ha comenzado a analizar temas de la Carta.<sup>31</sup> Estos críticos señalan solamente una o dos decisiones, en las que -según su punto de vista- la Corte realizó una revisión dialógica.<sup>32</sup>

Por si sirve de algo, mi análisis es que los críticos tienen la posición argumental más fuerte. A simple vista parece razonable que la sección 33 se haya convertido en un órgano vestigial de la Constitución Canadiense, sin embargo, sigue siendo posible - como en el caso del apéndice - que descubramos que esta sección sigue jugando un rol importante dentro del sistema constitucional Canadiense. Los casos que cita Hogg como ejemplos paradigmáticos de revisión dialógica parecen más vale casos directos de supremacía judicial - no diálogo sino capitulación frente una fuerza superior.<sup>33</sup> La Legislatura ajusta su legislación no porque esté de acuerdo con las interpretaciones constitucionales de la Corte, sino porque comprende que no podría hacer que su propia interpretación se mantenga de otro modo y desea tener *alguna* legislación en la materia, por lo tanto, comprende que la única legislación que sobrevivirá a la revisión judicial es aquella que se adapte a la interpretación de la Corte.

No obstante, es cierto que la evidencia que Hogg y sus críticos han recaudado puede leerse de un modo diferente. Observaríamos el mismo patrón de resultados si la Legislatura estuviera rutinariamente de acuerdo con las interpretaciones constitucionales de la Corte, luego de considerar si las interpretaciones de la Corte eran mejores que aquellas que servían de base a la postura inicial de la Legislatura. Quizás la Legislatura llega a estar de acuerdo con las Cortes precisamente porque la decisión de las Cortes ha centrado la atención de la Legislatura en un asunto constitucional sobre el cual la Legislatura y las Cortes no están en desacuerdo. O quizás, tras considerarlo, la Legislatura llega a la conclusión de que las Cortes son más expertas que ella en interpretación constitucional, y que, por lo tanto, la Legislatura debería (razonablemente) atenerse a lo que la Corte ha dicho.

Uno de los casos más interesantes de “revisión judicial” en Nueva Zelanda ilustra estas posibilidades. Escribí el término entre comillas porque Nueva Zelanda tiene la forma más débil de revisión judicial que podría concebirse.<sup>34</sup> Nueva Zelanda tiene una declaración de derechos, pero sus Tribunales únicamente están autorizados a declarar la inconsistencia de determinada legislación con lo previsto en la declaración de derechos<sup>35</sup> Esas declaraciones no tienen un efecto legal directo, y no parece haber lineamientos fuertes en Nueva Zelanda para pensar que la Legislatura tenga algún tipo de obligación constitucional o incluso política de rectificar los defectos constitucionales una vez que éstos han sido señalados (o de decidir deliberadamente no hacerlo). A simple vista, podemos decir que la declaración de derechos de Nueva Zelanda no autoriza remedio judicial alguno para casos de violaciones constitucionales.<sup>36</sup> Otras provisiones en leyes neozelandesas también parecen prohibir a las Cortes otorgar indemnizaciones a víctimas de actos públicos dañosos, entre los que, parecería, se encontrarían violaciones a la declaración de derechos. Los hechos del *Caso de Baigent*<sup>37</sup> eran los siguientes: la policía llevó adelante un allanamiento ilegal. La víctima demandó a los oficiales que llevaron a cabo el allanamiento, solicitando una condena por daños y perjuicios. La Corte de mayor jerarquía de Nueva Zelanda sostuvo que el allanamiento efectivamente violaba la declaración de derechos. Además, sostuvo que la prohibición existente de otorgar indemnizaciones por actos públicos dañosos no incluía violaciones a la declaración de derechos, y que debía ejercer su poder como una Corte de *common law* para crear un remedio indemnizatorio para violaciones a la declaración de derechos. Esto equivalió -al menos- a un enfoque agresivo respecto de la declaración de derechos. En respuesta a esta decisión, el gobierno neozelandés le pidió a la Comisión de Derecho existente que considere si la Legislatura debía adoptar alguna norma – presumiblemente, una ley que reemplazara al remedio de *common law* que implementó la Corte. Tras examinar la cuestión, la Comisión le recomendó al gobierno no adoptar norma alguna. La Comisión sostuvo que esencialmente y más allá de las apariencias iniciales, las Cortes llegaron a la respuesta correcta.

Vale la pena tener en cuenta que simplemente mirar el resultado en este caso es engañoso: podría llevarnos a pensar que la Corte de Nueva Zelanda habría convertido su forma de revisión judicial sumamente débil en una forma más tradicional de supremacía judicial. Después de todo, resultó que la Corte había razonado del modo correcto. Pero el *Caso de Baigent* y su secuela muestran a la revisión dialógica en acción: la decisión de la Corte fue mantenida porque el parlamento finalmente estuvo de acuerdo con la Corte.

Teniendo en cuenta esta historia, quizás podemos hacer una generalización. La revisión dialógica da lugar a la posibilidad de que las interpretaciones judiciales sean mantenidas porque el público está de acuerdo con ellas. Consideremos ahora una forma de revisión judicial fuerte del tipo que tenemos en los Estados Unidos. Quizás podemos verla como el resultado de un diálogo en el nivel del diseño institucional. Es decir, las Cortes reivindicaron el poder de realizar una revisión del tipo fuerte. Más importante aún, a lo largo del tiempo y tras reflexionarlo, el público llegó a convencerse de que una forma fuerte de revisión es, en balance, preferible a formas de revisión judicial más débiles, al menos en los Estados Unidos. O, más precisamente, el público cree que los diálogos que tienen lugar a lo largo de períodos de tiempo relativamente extendidos -como los que tenemos en los Estados Unidos- son mejores métodos que los diálogos en tiempo real a la hora de compatibilizar la democracia y el constitucionalismo.

No quiero especular aquí acerca de por qué en los Estados Unidos hemos llegado a esta conclusión (si es que hemos llegado a ella), o acerca de si otros países harán posiblemente lo mismo después de tener más experiencia con la revisión judicial dialógica en su forma de tiempo real. No ofrezco ninguna conclusión fuerte en ese sentido y, específicamente no intento recomendar que los Estados Unidos abandone su sistema de forma fuerte por un sistema de forma débil. Una recomendación como esa requeriría que consideráramos los modos en que una revisión de tipo fuerte encaja con nuestras otras instituciones políticas y constitucionales, y qué efecto tendría sobre esas instituciones un cambio en la forma de la revisión judicial como aquél. Mi modesto punto es que ahora tenemos un sentido más amplio de posibilidades institucionales para la revisión judicial que el que teníamos hace tres décadas. Por ende, podemos tener una mejor discusión respecto de si la forma de revisión judicial de los Estados Unidos es el mejor ajuste posible que podemos imaginar para las tensiones existentes dentro de una democracia constitucional.

---

\* William Nelson Cromwell, Profesor de Derecho, Universidad de Derecho de Harvard. Los comentarios en los que este ensayo está basado fueron dados en la Universidad de la Escuela de Derecho de Arkansas, como parte del ciclo de conferencias de Hartman Holtz. Agradezco a la Escuela de Derecho por invitarme a dar esta conferencia y a Steven Sheppard por su rol en el evento. Algunos de los puntos alzados aquí están desarrollados con más detalle en MARK TUSHNET, *WEAK COURTS, STRONG RIGHTS: JUDICIAL REVIEW AND SOCIAL WELFARE RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* (2008). Traducción de Gonzalo Iezzi y Michelle Sterzovsky

1. *Ver* parte 1 del Acta Constitucional, que es el apéndice B de la Ley de Canadá de 1982, cap. 11, sec. 33 (U.K.). Este lenguaje se asemeja a los términos usado en la Convención Europea de Derechos Humanos, pero está generalizado para todos los derechos constitucionales. *Ver* Consejo de Europa, Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales art. 8-11, Nov. 4, 1950, 213 U.N.T.S 221.

2. *Ver* parte 1 de la Ley de la Constitución que es el apéndice B de la Ley de Canadá de 1982, cap. 11, sec. 33 (U.K.). El periodo de 5 años necesariamente incluye una elección en la cual el uso de la sección 33 podría ser un problema que considerarían los votantes. El parentesco de la innovación esta disputado en la literatura. Algunos se lo atribuyen al doctrinario canadiense Paul Weiler, y algunos al Primer Ministro de Alberta.

3. MARK TUSHNET, WEAK COURTS, STRONG RIGHTS: JUDICIAL REVIEW AND SOCIAL WELFARE RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 22-21 (2008).
4. ALEXANDER M. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS 16-23 (1962).
5. Para una colección de Fuentes que sostengan el punto a partir de 1980, ver JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW 205 n.9 (1980). A pesar del acerbo comentario de Ely –“podremos conceder hasta que no demos más que las Legislaturas no son del todo democráticas,... eso no hará que las Cortes sean más democráticas que las Legislaturas” – la reivindicación sigue siendo popular hoy en día. Id. En 67.
6. Puede que haya otros, como el compromiso normativo a preservar los límites a *su propio* poder por parte de los legisladores, o la ejecución de limitaciones al poder por una ciudadanía informada y alertada en los modos descritos por las versiones del constitucionalismo popular, pero aquellos que prefieren estas alternativas como una cuestión de diseño institucional generalmente aceptan que la revisión judicial fuerte está dentro de las herramientas del diseño constitucional.
7. Para una decisión que ha sido blanco de este tipo de críticas, ver *Kelo v. City of New London*, 545 U.S. 469 (2005)
8. Para decisiones que han sido blanco de este tipo de críticas, ver *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), y *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).
9. El enfoque de Bickel ha sido continuado en el interés de Cass Sunstein por el minimalismo judicial. Ver, e.g. CASS R. SUNSTEIN, ONE CASE AT A TIME: JUDICIAL MINIMALISM ON THE SUPREME COURT (1999). Pero, como ha sido ampliamente observado, el análisis de Sunstein es quizá incluso menos satisfactorio que el de Bickel. Bickel pretendía ofrecer *principios* como un enfoque general a los problemas de derechos constitucionales, mientras que Sunstein discute que las Cortes deben generalmente ser minimalistas pero que las decisiones maximalistas están a veces justificadas, sin brindar una buena explicación acerca de dónde se halla la línea divisoria.
10. Ver ELY, nota 5 *supra*.
11. Ver *id.* en 105-34
12. Ver *id.* en 77-78. En la visión de Ely, los legisladores podrían hacerlo por un estrecho auto interés, a preservar su propio poder y posición. *Id.* a 78.
13. Ver, e.g., *id.* en 105 (“Virtualmente todos están de acuerdo con que las Cortes deben estar fuertemente involucradas en revisar los impedimentos a la libertad de expresión, publicación y asociación política.”).
14. O, alternativamente, abandonar la legislación porque un estatuto constitucional no sería una buena política
15. Ver *supra* nota 2 y texto que acompaña.
16. Un ejemplo proviene de Polonia. Allí el tribunal constitucional sostuvo que la Orden de Detención Europea, sobre cuya aceptación por parte de los Estados miembros insistían las instituciones de la UE, violaba una provisión constitucional doméstica que le prohibía al gobierno mandar ciudadanos polacos al exilio. Para una discusión, ver Angelika Nußberger, *Poland: The Constitutional Tribunal on the Implementation of the European Arrest Warrant*, 6 INT’L J. CON. L 162 (2008)”. El tribunal suspendió la fecha efectiva de su decisión por dieciocho meses, anticipando correctamente que la Legislatura modificaría la provisión constitucional. *Id.* en 162. En Polonia la constitución puede ser modificada por un voto de las dos terceras partes de la casa menor del parlamento y una mayoría de la casa mayor. Const. de Polonia, cap. XII, art. 235.
17. Para un examen relativamente temprano de algunos de los mecanismos de diálogo relativamente a largo plazo, ver Barry Friedman, *Dialogue and Judicial Review*, 91 MICH. L. REV. 577 (1993).

18. Robert A. Dahl, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, 6 J. PUB. L. 279 (1957).
19. En los Estados Unidos este tipo de nombramiento centralizado ha jugado claramente un rol importante en el giro de la Corte Suprema respecto de su posición sobre la constitucionalidad del poder del gobierno nacional a emitir papel moneda en tiempos de paz. Ver *Hepburn v. Griswold*, 75 U.S. 603 (1870), *revocado* en *Know v. Lee*, 79 U.S. 457 (1871).
20. Ver, *de manera general*, Dahl, *supra* nota 18.
21. Ver Robert Post & Reva Siegel, *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, 42 HARV. C.R.-C.L.L. REV. 373, 377 (2007).
22. Post y Siegel enfatizan el desarrollo de un Derecho constitucional de la igualdad de género en respuesta a la emergencia del movimiento feminista moderno. Las reivindicaciones de ese movimiento eran por lo menos compatibles con algunos aspectos del liberalismo moderno, y fueron apoyados en su mayoría por jueces que simpatizaban con los lineamientos generales del liberalismo moderno. *Id.* En 379-83.
23. I BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS 47-50 (1991); *ver también* 2 BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE: TRANSFORMATIONS (1998).
24. Ver Parte I de la Ley de la Constitución, que es el Apéndice B de la Ley de Canadá de 1982, cap. 11, sec. 33 (U.K.).
25. Parte I de la Constitución, que es el Apéndice B de la Ley de Canadá de 1982, cap. 11, sec. 2 (U.K.).
26. Al considerar el diseño institucional, la pregunta relevante es comparativa, por lo que lo único por lo que debemos preocuparnos es por si es menos probable que las Legislaturas atiendan a los valores constitucionales con respecto a los jueces, y no por si las Legislaturas nunca atenderán a dichos valores. Y, como indica mi énfasis anterior en el desacuerdo razonable sobre la interpretación de la constitución, el criterio relevante es la atención y no la exactitud. Para una discusión relevante enfatizando este punto, ver Brian Foley, *Presuming the Legislature Acts Constitutionally: Legislative Process and Constitutional Decision-Making*, 29 DUBLIN U.L.J. 141 (2007).
27. Esto asume que la Legislatura elige una interpretación constitucional razonable a pesar de que dicha interpretación es diferente de la de la Corte. La revisión dialógica preserva la posibilidad de que las Cortes tengan la decisión final si pueden concluir que la elección de la Legislatura es irrazonable. No tenemos suficiente experiencia con la revisión dialógica como para saber cuán agresivamente las Cortes usarían este poder de reserva.
28. Para una discusión reciente, ver *Charter Dialogue: Ten Years Later*, 45, OSGOODE HALL L.J. (EDICION ESPECIAL) 1 (2007), *disponible en* <http://www.ohlj.ca/english/current.htm> (los links a los comentarios están disponibles bajo el encabezado Volumen 45, Número 1) (última vista el 18 de abril de 2008) [en adelante, EDICION ESPECIAL].
29. Ver, *de manera general*, Peter W. Hogg et al., *Charter Dialogue Revisited – or “Much Ado About Metaphors”*, 45, OSGOODE HALL L.J. I (2007).
30. Ver, *de manera general*, EDICION ESPECIAL, *supra* nota 28 (contiene comentarios críticos a la tesis de Hogg).
31. Ver, *de manera general*, *id.*
32. Ver *id.*
33. Ver Hogg, *supra* nota 29, en 63-65.
34. Para una discusión más completa, ver TUSHNET, *supra* nota 3, en 48-49.
35. Ley de la Carta de Derechos de Nueva Zelanda, de 1990, 1990 S.N.Z. No. 109 § 4.
36. Ver Ley de la Carta de Derechos de Nueva Zelanda de 1990, 1990 S.N.Z. No. 109.
37. *Simpson v. Attorney-General (Caso de Baigent)*, [1994] 3 N.Z.L.R. 667 (CA).

