

YOWELL, Paul (2018) *Constitutional Rights and Constitutional Design. Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review* (Oxford: Hart) 174 pp.

Sin duda, la creciente relevancia de los tribunales en la vida pública a través de la revisión de la constitucionalidad de las leyes es uno de los fenómenos jurídicos de mayor importancia en las últimas décadas, lo que ha justificado un interés académico por el estudio de la jurisdicción constitucional a nivel global. Junto con estimular los estudios empíricos sobre comportamiento judicial, la relevancia del *judicial review* ha originado una abundante literatura que discute la legitimidad de esta institución. En términos generales, esta literatura se divide entre aquellos observan el protagonismo de los tribunales con desconfianza por una eventual afectación al régimen democrático y aquellos que celebran el uso de este mecanismo como una forma de dar respuesta a distintos déficits en el proceso legislativo<sup>1</sup>.

Recientemente, Paul Yowell ha escrito una interesante monografía que podríamos encuadrar dentro de la primera tendencia antes descrita, la que observa desde una aproximación crítica el papel expansivo de los tribunales a través del *judicial review*. Sin embargo, al abordar este asunto, él centra su análisis desde una perspectiva novedosa, enfocada en las capacidades institucionales de los altos tribunales para el razonamiento moral y empírico dentro del marco de la práctica constitucional. Aunque múltiples estudios previos ya han aludido parcialmente a este asunto, partiendo por la clásica obra de John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, existen distintos motivos que permiten destacar esta obra<sup>2</sup>. Por una parte, ella aborda la capacidad institucional de los tribunales como primer foco de análisis, evitando realizar una crítica general al *judicial review*, como sucede en la buena parte de las obras clásicas sobre la materia. Por otra parte, esta monografía aborda este tópico desde una reflexión teórica que no se agota en el derecho de los Estados Unidos.

En el primer capítulo, el trabajo sitúa el contexto que sirve para su argumento. Explica primeramente cómo la teoría de los principios jurídicos de Dworkin y de razón pública en Rawls han introducido la reflexión moral en la argumentación judicial, reforzado una nueva versión del constitucionalismo nacida desde la segunda postguerra. Detalla, asimismo, de qué manera este nuevo tipo de razonamiento opera respecto de la invalidación de la legislación a partir de la aplicación de derechos morales de textura abierta. A su juicio, tal aproximación no solo renegaría de la doctrina de la separación de poderes difundida por Montesquieu, sino que se aparta de una más que milenaria tradición que distingue estrictamente los argumentos jurídicos de aquellos que no lo son.

A continuación, los capítulos dos y tres abordan en detalle el problema del razonamiento moral a nivel judicial. Estos reflexionan principalmente en torno al test de proporcionalidad, el que ejemplificaría este modelo de razonamiento orientando el foco de esta monografía. Para estos efectos, el capítulo dos explica detalladamente las distintas operaciones que involucra el test de proporcionalidad, utilizando ejemplos provenientes de la Corte Europea de Derechos Humanos, Canadá y los Estados Unidos. Junto con distinguir este test con otras líneas de razonamiento moral similares, como la idea de constitución

<sup>1</sup> Ver, por ejemplo: BICKEL (1986); TUSHNET (1999); Tushnet (2008).

<sup>2</sup> ELY (1981).

viviente, Yowell identifica una particular paradoja: el nuevo constitucionalismo se ha originado a partir de la idea de inviolabilidad de los derechos fundamentales, pero una de sus principales manifestaciones, el juicio de proporcionalidad, realiza un escrutinio para restringir los derechos cuando estos se encuentran en conflicto. En un intento por explicar en mayor profundidad esta paradoja, el capítulo tres estudia diversas variantes anti-utilitaristas propuestas por Dworkin sobre la idea de los derechos como triunfos de los individuos por sobre el bienestar general. De esta manera intenta responder si es o no necesario realizar un razonamiento empírico en la aplicación de los derechos, o si, por el contrario, su aplicación es solo un asunto ético-normativo.

En el capítulo cuatro, la obra aborda directamente el problema de los tribunales y el razonamiento empírico en el *judicial review*. A través de distintos procesos clásicos en el derecho constitucional norteamericano, como *Lochner* (1905), *U.S. v. Carolene Products* (1938) y *Roe v. Wade* (1973), Yowell muestra que los tribunales están diseñados para observar hechos singulares referidos al caso concreto (*adjudicative facts*), no consideraciones generales sobre la sociedad (*legislative facts*). A partir de estos y otros casos de estudio, el trabajo problematiza las competencias de los tribunales para apreciar los métodos y conclusiones propios de las ciencias sociales. Particularmente ilustrativo resulta su exposición sobre las deficiencias que han mostrado los tribunales respecto de su capacidad para apreciar la información estadística.

Los siguientes dos capítulos realizan un análisis comparado de las capacidades institucionales de los tribunales y el legislador, tanto en lo que se refiere al razonamiento empírico como en lo que respecta al juicio moral. Yowell afirma que la capacidad epistemológica de los tribunales se desenvuelve dentro de un contexto artificial en el que estos deben vincular las decisiones judiciales pasadas con el nuevo caso. Mientras tanto, los legisladores gozarían de una especie de superioridad epistemológica, tanto por estar habituados en regular el mundo real como por sus múltiples bagajes profesionales y experiencias, a los que se suman diversas estructuras de apoyo destinadas a la elaboración de políticas públicas. Respecto del juicio moral en particular, Yowell plantea que los tribunales sufren la imposibilidad de realizar un razonamiento transparente desde una amplia variedad de perspectivas, pues están limitados por el derecho. Asimismo, destaca que las virtudes de imparcialidad y equanimidad que habitualmente se atribuyen a los jueces no son tan claras, pues ellos se rigen por la regla de mayoría y su razonamiento está fuertemente condicionado por consideraciones estratégicas (p. 129). A través de distintos ejemplos históricos, estos capítulos muestran como a lo largo del tiempo los tribunales han incurrido en razonamientos morales que han resultado erróneos y se han convertido en obstáculos a las reformas jurídicas.

Finalmente, Yowell analiza las características que debería poseer una jurisdicción constitucional que asuma las capacidades reales de los jueces para el juicio moral y el análisis empírico (y su correlativa desventaja frente al legislador). En buena medida, su propuesta se asemeja al modelo de legislador negativo ideado por Kelsen, alternado con algunas propuestas concretas para mejorar la capacidad institucional de los tribunales. Tomando como ejemplo el fallido establecimiento del *Council of Review* discutido por los redactores de la constitución de Estados Unidos, Yowell aboga por un sistema de revisión abstracta, centralizada en un alto tribunal, y diseñada como legislador negativo que solo puede anular

la ley. De este modo, busca desincentivar la litigación adversarial y permitir un análisis menos susceptible a la impresión emocional que puede provocar los detalles del caso concreto. Asimismo, propone crear departamentos de estudio robustos para que los tribunales analicen información empírica, fortaleciendo una interacción directa de los jueces con expertos que supere la mera lectura de informes periciales. Igualmente, propone la inclusión de jueces legos que incorporen nuevas perspectivas a fin de mejorar la capacidad de razonamiento moral abierto, como sucede en el Consejo Constitucional francés.

El trabajo es una contribución relevante no solo para quienes estudian el derecho público en general, sino también para todos aquellos quienes poseen un particular interés en el papel de la judicatura en el proceso político. Posee una serie de pasajes muy agudos, que vale la pena leer, como su cuidadoso análisis comparado de las capacidades institucionales de jueces y legisladores (pp. 90-130). Sin embargo, es conveniente formular algunas notas críticas.

En primer lugar, una posible deficiencia asociada fundamentalmente al carácter teórico del texto, es su aproximación anecdótica a la jurisprudencia de los tribunales. Hoy existen trabajos significativos de que examinan el razonamiento constitucional a nivel agregado, como la obra *Comparative Constitutional Reasoning*, coordinada por Andrés Jakab, Arthur Dyevre y Giulio Itzcovich, que estudia la argumentación judicial en este ámbito en 18 jurisdicciones a nivel global. Un análisis de esta evidencia permitiría dimensionar el punto de partida del trabajo de Yowell: el creciente involucramiento judicial con consideraciones empíricas y morales<sup>3</sup>. A través de ella, por ejemplo, sería posible evaluar si las consideraciones morales y empíricas de los tribunales constitucionales constituyen el centro de la toma de decisiones judiciales o si son más bien elementos retóricos que resultan marginales frente a consideraciones normativas.

En segundo lugar, pareciera que el trabajo parte de cierta consideración idealizada de legislador. Aunque Yowell está en lo correcto al identificar sus mejores capacidades institucionales frente a los tribunales, omite mencionar que un número importante de investigadores hoy destacan cómo el legislador ha visto mermado su rol. Al respecto conviene revisar evidencia reciente que muestra la forma en que el Congreso de los Estados Unidos ha perdido relevancia frente al papel del Poder Ejecutivo, producto de factores como la incapacidad de sortear los vetos de minorías parlamentarias circunstanciales y una menor capacidad de análisis de políticas públicas que las agencias administrativas<sup>4</sup>. A ello cabría agregar que, en muchos lugares en los que el régimen democrático resulta más débil, los defensores del activismo judicial reclaman la captura del legislativo por intereses privados y redes de corrupción<sup>5</sup>. Habría sido conveniente que el Yowell al menos hubiere dedicado algunas palabras que incorporen esta realidad en su análisis.

En último lugar, el capítulo final dedicado al modelo que propone como alternativa al régimen de *judicial review* debe también ser matizado. La propuesta de un régimen diseñado en base a la revisión abstracta, centralizada en un alto tribunal, y estructurada como

<sup>3</sup> JAKAB, DYEYRE E ITZCOVICH (2017).

<sup>4</sup> LAPIRA, DRUTMAN Y KOSAR (2020).

<sup>5</sup> BARROSO (2016).

legislador negativo en ningún caso elimina los problemas del razonamiento empírico y moral de los altos tribunales en este ámbito. En la práctica del derecho comparado existen innumerables ejemplos sobre tribunales constitucionales que, en el marco de un régimen de *judicial review* como el que Yowell propone, recurren a líneas argumentativas similares a las que son objeto de su crítica. Además, en el caso de la revisión abstracta, los cuestionamientos a la compatibilidad entre el régimen democrático y el *judicial review* pueden convertirse en un problema más agudo.

Pese a aquellas críticas puntuales, el libro de Yowell realiza un aporte significativo y debería convertirse en un clásico de gran relevancia para todos quienes examinan las capacidades institucionales de los jueces. Aunque el texto por sí mismo busca cubrir este tópico, resulta recomendable estudiarlo con otros trabajos de Yowell, como *Legislated Rights*, escrito en conjunto con otros autores<sup>6</sup>. Ello permite comprender este texto como parte de un proyecto intelectual más amplio, que también busca reivindicar que el legislador toma de decisiones morales de justicia que trascienden una mera comprensión utilitarista sobre el bienestar general, cuestionando asimismo que este sea un mero esclavo de las mayorías políticas. Debido a la calidad del trabajo y el imperativo que significa defender la separación de poderes como un requerimiento del estado de derecho, debería convertirse en un libro imprescindible para los tiempos actuales.

CRISTIÁN VILLALONGA TORRIJO  
*Pontificia Universidad Católica de Chile*

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BARROSO, Luis Roberto (2016): "Reason Without Vote: The Representative and Majoritarian Function of Constitutional Courts" en BUSTAMANTE, T. y GONÇALVES, B. (eds.): *Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and Legitimacy of Constitutionalism* (Cham: Springer): pp. 71-90.
- BICKEL, Alexander. (1986): *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (New Heaven N.J.: Yale University Press).
- ELY, John Hart (1981): *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review* (Cambridge M.A.: Harvard University Press).
- JAKAB, András, DYEVE, Arthur y ITZCOVICH, Giulio (eds.) (2017): *Comparative Constitutional Reasoning* (New York: Cambridge University Press).
- LAPIRA, Timothy M., DRUTMAN, Lee y KOSAR, Kevin (eds.) (2020): *Congress Overwhelmed. The Decline in Congressional Capacity and Prospects for Reform* (Chicago. The University of Chicago University Press).
- TUSHNET, Mark (1999): *Taking the Constitution Away from the Courts* (Princeton N.J. Princeton University Press).

<sup>6</sup> WEBBER, YOWELL, EKINS, KÖPCKE, MILLER y URBINA (2018).

TUSHNET, Mark (2008): *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law* (Princeton N.J. Princeton University Press).

WEBBER, Grégoire, y otros (2018): *Legislated Rights: Securing Human Rights through Legislation* (New York: Cambridge University Press).

