

Constitucionalismo popular mediado*

Barry Friedman •

I. Introducción

En la academia existen posturas divergentes acerca del control judicial de constitucionalidad, pero en esencia ellas comparten una premisa común (y posiblemente errónea). La premisa es que el ejercicio del control de constitucionalidad es por naturaleza contramayoritario. Existe una lamentable falta de claridad en la literatura académica relevante acerca de qué significa concretamente el término “contramayoritario”.¹ A menudo ésta parece ser una afirmación, y tal vez deba ser una afirmación,² en cuanto a que cuando los jueces invalidan las decisiones gubernamentales basándose en requerimientos constitucionales, ellos actúan en forma contraria a las preferencias de la ciudadanía.³ Una variante de esta premisa parece arrastrar a la mayor parte de la literatura jurídica sobre el control judicial de constitucionalidad.⁴

Algunos estudiosos elogian el control judicial de constitucionalidad precisamente por su carácter contramayoritario. Quienes comparten esta postura creen que los textos

* En su versión original, este artículo fue publicado en el número 101 de la *Michigan Law Review*. El artículo se publica en castellano con permiso del autor y de la editorial. Traducido por Margarita Maxit, con la colaboración de Ariel Romano.

• Profesor de Derecho, New York University School of Law. A.B. 1978 University of Chicago; J.D. 1982 Georgetown. Muchas gracias a Rachel Barkow, Evan Caminker, Michael Collins, Víctor Ferreres, Laura Fitzgerald, Michael Gerhardt, Doni Gewirtzman, Larry Kramer, Daryl Levinson, Terri Peretti, Eric Posner, Kenneth Pringle, Fred Schauer, y Reva Siegel por sus comentarios a una versión anterior de este artículo, y a los participantes de un almuerzo en la Facultad de Derecho de New York University en el que se discutía el avance del trabajo. Este artículo es parte de un proyecto más amplio para el que he recibido una gran ayuda. Corresponde una mención especial para Greg Caldeira, Lee Eptstein, Lewis Kornhauser y Larry Sager por sus esfuerzos a lo largo del trabajo. Mis asistentes de investigación hicieron su acostumbrado excelente trabajo; agradezco a Melissa Aoyagi, Harlan Cohen y Julio Rios-Figueroa. Como siempre, agradezco a Lisa Mihajlovic por su ayuda. Finalmente, mi gratitud a los editores de la *Michigan Law Review*, por haberme invitado a este programa, y por su paciencia para conmigo mientras cumplía mis obligaciones.

1. Véase *infra* notas 16-26 y texto adjunto.

2. Véase *infra* notas 16-26 y texto adjunto.

3. ALEXANDER M. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS 16 (1962) (“La dificultad básica es que el control judicial es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema”). Varias citas se incluyen en Barry Friedman, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law’s Politics*, 148 *University of Pennsylvania Law Review*, 971, 972-83 (2000) [de aquí en adelante Friedman, *The Countermajoritarian Difficulty, Part Four*]. La falta de claridad incluye la cuestión acerca de si los críticos objetan la sustancia de las decisiones judiciales (por ejemplo, que éstas no se condicen con los resultados que preferiría la mayoría) o el proceso de adjudicación judicial (por ejemplo, que los jueces no son responsables en un sentido electoral). Esta cuestión es abordada expresamente en *infra* notas 16-26 y texto que las acompaña.

4. Puede encontrarse ayuda con relación a este punto en Barry Friedman, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, 73 *N.Y.U. L. REV.*, 333, 334-39 & nn. 1 & 4 (1998) [de aquí en adelante Friedman, *The Countermajoritarian Difficulty, Part One*].

constitucionales existen para limitar a la mayoría;⁵ que los derechos constitucionales no están sujetos a la voluntad mayoritaria. Para quienes sostienen esto, el control judicial contramayoritario es normativamente deseable, aunque algunos teóricos pueden discrepar respecto a la manera precisa en que esta facultad judicial debe ser ejercida.

Otros académicos critican al control judicial justamente porque interfiere con la voluntad mayoritaria.⁶ Bajo esta visión, el gobierno representativo –como el que disfrutamos en los Estados Unidos de Norteamérica– está destinado a reflejar las preferencias mayoritarias. Cuando los jueces invalidan los actos gubernamentales, están interfiriendo incorrectamente con la democracia.

Obviamente, los académicos que pertenecen a estas dos clases con frecuencia no son absolutistas y no necesitan serlo. Unos pueden aplaudir el rol del poder judicial al limitar a la mayoría en algunas ocasiones, y a la vez creer que esta limitación es incorrecta en otras. De la misma manera, algunos pueden pensar que el poder judicial debería ser usualmente más deferente respecto a las preferencias populares, pero no siempre. La divergencia en el enfoque expresa una disposición anímica,⁷ un sentimiento acerca de cómo el control judicial debería operar generalmente. Y como puede esperarse, la disposición de cada uno acerca del control judicial a menudo refleja lo que el poder judicial está haciendo actualmente.⁸

5. Véase, por ejemplo, JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* (1980); Larry Alexander & Frederick Schauer, *On Extrajudicial Constitutional Interpretation*, 110 HARV. L. REV. 1359, 1380 (1997) (en donde se argumenta que una de las razones que justifican la existencia de una Constitución y la supremacía del poder judicial es “remover una serie de cuestiones transcendentales de corto plazo del control mayoritario”); Rebecca L. Brown, *Accountability, Liberty and the Constitution*, 98 COLUM. L. REV. 531, 556 (1998): “Si uno está preocupado por la idea de que el control judicial implica un tipo de adjudicación contramayoritario o antidemocrático; si uno ve esto como desviado, problemático o aún “difícil” de reconciliar con su visión acerca del gobierno norteamericano, entonces uno se ha acercado a esta cuestión con la presunción de que la regla de la mayoría es el punto de partida de este examen-. Esta presunción no está justificada por el texto de la Constitución ni tampoco ha sido justificada con argumentos teóricos extrínsecos. La regla de mayoría tiene un lugar bajo la Constitución, pero el documento no pretende elevar la voluntad popular a una posición de presunta primacía. De hecho, la voluntad política popular es una fuerza a ser moderada cada vez”. Erwin Chemerinsky, *The Supreme Court, 1988 Term — Foreword: The Vanishing Constitution*, 103 HARV. L. REV. 43, 47 (1989): “Además, el proceso de toma de decisiones por parte de instituciones responsables políticamente ya no debe ser entendido como superior al del poder judicial; se necesita un análisis institucional mucho más sofisticado. Entonces, como mínimo, la justificación ofrecida por la Corte en cuanto a que está evitando la imposición judicial de valores o que está prestando deferencia a la decisión de los funcionarios elegidos no puede ser suficiente para rechazar reclamos constitucionales”.

6. La clásica afirmación es de Bickel. Véase BICKEL, *supra* nota 3, pág. 16 (“La dificultad básica es que el control judicial es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema”); véase también Suzanna Sherry, *Issue Manipulation by the Burger Court: Saving the Community from Itself*, 70 MINN. L. REV. 611, 613 (1986) (“Cuando la Corte invalida una ley, está invalidando la decisión del cuerpo popularmente elegido; en esencia, está aplicando su voluntad por sobre la del electorado.”)

7. Cf. *Universal Camera Corp. v. NLRB*, 340 U.S. 474, 487 (1951) (Frankfurter, J.) (en donde se explica que el Congreso, en la Ley de Procedimientos Administrativos [*Administrative Procedures Act*], expresó una “disposición” acerca del control judicial).

8. Véase Barry Friedman, *The Cycles of Constitutional Scholarship*, 67 LAW & CONTEMP. PROBS. (disponible en 2004) [de aquí en adelante Friedman, *The Cycles of Constitutional Scholarship*] (en donde se analiza el modo en que la actividad judicial influencia las perspectivas académicas).

En la academia jurídica la postura crítica sobre el control judicial de constitucionalidad está en ascenso, a menudo bajo el nombre de “constitucionalismo popular”.⁹ Dado que la idea de constitucionalismo popular es (al menos en su reciente aparición)¹⁰ relativamente nueva, los detalles no han sido muy trabajados. Hayan o no utilizado explícitamente el término, diferentes teóricos tienen seguramente diferentes posturas acerca de lo que éste significa o debería significar. La mayoría de quienes proponen esta idea no cuestiona la legitimidad del control judicial de constitucionalidad. Pero lo que parecen compartir es la noción de que –al menos en circunstancias específicas- el control judicial debería reflejar los puntos de vista populares sobre el significado de la Constitución.¹¹

Este artículo analiza la relación entre la opinión popular y el derecho constitucional. El mismo se basa fuertemente en las investigaciones de las ciencias sociales que sugieren la existencia de una congruencia sustancial entre la opinión popular y las decisiones de los jueces constitucionales, así como en otras investigaciones que indican que existe un apoyo popular de la práctica del control judicial. A la luz de estas investigaciones, este escrito sugiere que los constitucionalistas populares están obteniendo lo que quieren, aunque no precisamente de la forma en que lo piden. De manera similar, el artículo explica que la premisa esencial de gran parte de la academia jurídica –que el control judicial de constitucionalidad es contramayoritario- podría perfectamente ser errónea.

La idea que anima este ensayo es que nuestro sistema está basado en el constitucionalismo popular, en el sentido que las interpretaciones judiciales de la Constitución reflejan la voluntad popular a lo largo del tiempo. Pero la relación no es directa, y no implica que los jueces simplemente presten deferencia, en algunas circunstancias, a la voluntad popular, como algunos constitucionalistas populares parecen creer que debería

9. Larry D. Kramer, *The Supreme Court, 2000 Term — Foreword: We the Court*, 115 HARV. L. REV. 4, 163 (2001) (“El constitucionalismo popular no es una rara curiosidad del mundo de los Fundadores. Es un principio vital que ha sido desde siempre parte de nuestra tradición constitucional.”); véase también Jack M. Balkin & Sanford Levinson, *Understanding the Constitutional Revolution*, 87 VA. L. REV. 1045, 1102 (2001): “de acuerdo a nuestra teoría del afianzamiento partidario, cada partido tiene el ‘derecho’ político de asegurar su visión de la Constitución en el poder judicial si gana un número suficiente de elecciones. Si a los otros no les agrada la perspectiva constitucional que resulta afianzada, ellos tienen el mismo derecho de competir y ganar sus propias elecciones.”

10. Larry Kramer describe las raíces históricas de la idea en un artículo de la *Harvard Law Review*. Véase Kramer, *supra* nota 9, y el libro LARRY D. KRAMER, *THE PEOPLE THEMSELVES: POPULAR CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW*.

11. Véase, por ejemplo, MARK TUSHNET, *TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS* 194 (1999) (“En general, el pueblo debería participar más directamente en el diseño del derecho constitucional [y] sacar [la Constitución] de los tribunales.”); Stephen M. Griffin, *Judicial Supremacy and Equal Protection in a Democracy of Rights*, 4 University of Pennsylvania Law Review, 281, 295 (2002) (“Cuando las tres ramas del gobierno se ocupan de proteger los derechos constitucionales, la terminología de la ‘dificultad contramayorita,’ con su contraste entre las legislaturas mayoritarias y la Corte minoritaria, ya no tiene sentido.”); Kramer, *supra* nota 9, pág. 12 (“[Era] el pueblo por sí mismo –trabajando para o respondiendo a los agentes del gobierno- el responsable de ver que la Constitución fuera correctamente interpretada e implementada. La idea de darle esta responsabilidad a los jueces era impensable.”); Robert C. Post & Reva B. Siegel, *Equal Protection by Law: Federal Antidiscrimination Legislation After Morrison and Kimel*, 110 YALE L.J. 441, 444 (2000) (“Nosotros cuestionamos el modelo de interpretación constitucional centrado en los tribunales que estas decisiones asumen, examinando la relación entre la Corte y el Congreso que de hecho ha modelado el significado de la Cláusula de Igual Protección en décadas recientes. Sostenemos que esta historia justifica un continuo rol para la vindicación democrática de los valores igualitarios.”)

ocurrir. Antes bien, el proceso es mediado por la manera en que el público recibe la información acerca de lo que los tribunales hacen, la manera en que el público puede y efectivamente responde a las decisiones judiciales, y la medida en que los tribunales están al corriente de la opinión popular y toman cuenta de ella.

A pesar de que el artículo adopta la firme postura de que, en términos descriptivos, existe una relación entre la opinión popular y el control judicial -de que tenemos un sistema de constitucionalismo popular mediado-, el punto más general es que hay mucho que no conocemos acerca de este sistema y de cómo éste opera. La ciencia social, en un conjunto de trabajos que ha recibido escasa atención por parte de la academia jurídica, tiene mucho para enseñarnos sobre este punto. Pero esa bibliografía motiva tantas preguntas como las que responde. De modo que, en un sentido, este artículo traza un plano de la agenda de investigación, dirigiendo la atención a aquello que debemos aprender para comprender mejor la relación entre la opinión popular y el derecho constitucional.

La sección II de este artículo ofrece una interpretación del constitucionalismo y el control judicial que descansa en la aprobación popular, y está más fuertemente relacionado con los procesos democráticos electorales de lo que la mayoría de los teóricos del derecho reconocen o creen. Sólo a manera de esbozo, la sección II comienza por brindar una justificación normativa de la práctica del control judicial de constitucionalidad. Esta teoría es una representante del “constitucionalismo popular” porque, de funcionar como se sostiene, los resultados judiciales no deberían alejarse mucho de las preferencias populares, y los ciudadanos deberían generalmente apoyar el proceso de adjudicación constitucional. Por otro lado, este constitucionalismo popular está necesariamente “mediado” por aspectos notables de nuestro sistema: jueces no elegidos, ciudadanos no siempre bien informados, y representantes que pueden o no hacer lo que la ciudadanía reclama. La naturaleza mediada del control judicial es algo bueno, porque normativamente el rol del control judicial requiere que la adjudicación constitucional no sea inmediatamente receptiva de la voluntad mayoritaria, como sí lo son otros aspectos de nuestro sistema.

La sección III explora una parte central del concepto de constitucionalismo popular mediado, el alcance con que la ciudadanía puede actuar y efectivamente actúa como custodio de la actividad judicial. El monitoreo público del poder judicial, y la receptividad de éste frente a la opinión pública a lo largo del tiempo, son esenciales para el constitucionalismo popular mediado. Pero bajo cualquier teoría normativa del control judicial, la clave es encontrar un equilibrio entre muy poca y demasiada receptividad judicial respecto de la opinión pública. La mayor parte de este artículo explora aquello que conocemos sobre el alcance con que la ciudadanía puede actuar -y efectivamente actúa- como custodio de los agentes judiciales. El foco de la sección III está en el concepto del apoyo “difuso”, elaborado por la ciencia social: que el público apoyará al poder judicial aún cuando discrepe con decisiones específicas. Evaluar cómo opera esta teoría en la práctica requiere examinar el modo en que la ciudadanía recibe información sobre el control judicial, y sobre la forma en que esa información influencia a la opinión pública. Entre los teóricos sociales, evaluar la relación entre el apoyo popular y el control judicial de constitucionalidad genera un conjunto de preguntas difíciles de responder. Pero lo que sabemos sugiere que tal vez ciertamente tengamos un sistema de constitucionalismo popular mediado, aunque sea uno imperfecto.

La Sección IV compara la información provista por los teóricos sociales sobre las actitudes populares acerca del control judicial con los reclamos normativos sobre esta práctica. La información que poseemos sugiere que la práctica real del control judicial difiere bastante del modo en que los académicos del derecho la describen. Esta sección analiza de una manera muy general cómo se comportan las teorías de control judicial a la luz de lo que sabemos. Luego aborda lo que en definitiva puede ser la cuestión más interesante: el alcance con que la opinión popular puede ser manipulada por diferentes actores, influenciando de este modo las actitudes sobre el control judicial y tal vez también las decisiones (*outputs*) de los tribunales.

II. El Poder Judicial de la Aprobación Popular

El presente es un esbozo de una teoría constitucional que no se apoya en la premisa de que el control judicial es contrario a la voluntad mayoritaria. La teoría es tanto reactiva como afirmativa, lo que significa que está diseñada con el fin de cuestionar las teorías normativas del control judicial de constitucionalidad que descansan fuertemente en la premisa contramayoritaria. Por ejemplo, si el control judicial no es regularmente contramayoritario, entonces aquellos que esperan que los tribunales constitucionales jueguen el rol de defensores de los derechos contra los sentimientos mayoritarios pueden llegar a tener que ajustar sus teorías. Ellos deberán analizar qué expectativas de los jueces constitucionales son razonables o bajo qué condiciones los derechos son protegidos dadas las preferencias mayoritarias. Tal vez incluso tendrían que promover una profunda reforma institucional. De la misma manera, quienes se quejan de la inconsistencia entre la actuación judicial y la voluntad popular podrían llegar a tener que revisar los fundamentos de sus planteos. Podrían tener que considerar la posibilidad de que sus propias concepciones (y no las de los jueces constitucionales) son las que se sitúan por fuera de las preferencias populares, o determinar por qué la ciudadanía no está recibiendo el mensaje correcto sobre lo que la Corte Suprema hace.

Dentro de esta teoría principalmente reactiva se encuentran los cimientos de una teoría más normativa o afirmativa sobre el control judicial y constitucional. Si el poder judicial no está regular o comúnmente situado por fuera de la tendencia de la opinión popular, luego todas las teorías que existen son en algún sentido problemáticas. La cuestión es, entonces, si existe alguna teoría del control judicial que descansa más firmemente sobre la evidencia disponible acerca de cómo éste opera en la práctica, y si es ella una teoría normativamente atractiva.

De acuerdo a la literatura académica reciente, esa teoría podría ser llamada “constitucionalismo popular mediado”. Algunos académicos son de la opinión que la interpretación constitucional debería estar más profundamente basada en los consensos populares.¹² Pero necesariamente existen límites a tal reclamo; éste no puede evitar chocar

12. Véase Neal Kumar Katyal, *Legislative Constitutional Interpretation*, 50 DUKE L.J. 1335, 1336 (2001) (“Mi conclusión es que debido a sus características institucionales únicas, el Congreso debería interpretar el texto en formas que los tribunales no deberían. Por ejemplo, sugiero que el Congreso debería tomar en cuenta los valores y creencias populares cuando formula los principios constitucionales.”); Reva B. Siegel, *Text in Contest: Gender and the Constitution from a Social Movement Perspective*, 150 U. PA. L. REV. 297, 302 (en donde la autora analiza “el rol de los movimientos sociales en el diseño de la interpretación constitucional en un contexto diferente”); *supra* nota 11.

contra las nociones del constitucionalismo y la práctica del control judicial. Indudablemente, la Constitución no puede significar cualquier cosa que la actual mayoría piense que deba significar, porque entonces el constitucionalismo se convertiría absolutamente en “política común”.¹³ El pueblo típicamente no expresa sus deseos en términos de lo que la Constitución debería significar, sino de lo que quiere hoy, en el presente. Esto no implica decir que la ciudadanía es incapaz de diferenciar entre sus preferencias inmediatas y los límites constitucionales, sino solamente que los mecanismos de la política común no le exigen hacer esta distinción con frecuencia. Además, cuando las preferencias actuales chocan con los límites constitucionales, la tensión entre ambos tiende a distorsionar los últimos. De este modo, incluso el constitucionalismo popular debe ser una búsqueda de un conjunto más profundo de principios limitativos de acuerdo a los cuales la ciudadanía esté dispuesta a gobernarse a lo largo del tiempo;¹⁴ unos límites que, con una reflexión serena y un nivel apropiado de generalidad, alcancen amplia aceptación.¹⁵ Como los constitucionalistas populares raramente recomiendan abolir totalmente el control judicial, éste debe entonces cumplir otra función que la de adherir a las preferencias populares inmediatas.

Bajo un régimen de constitucionalismo popular mediado, el poder judicial juega un rol importante al identificar los valores constitucionales que alcanzan un apoyo popular general a

13. Este argumento se desarrolla en profundidad en Barry Friedman & Scott B. Smith, *The Sedimentary Constitution*, 147 *University of Pennsylvania Law Review* 1 (1998). Pero véase también KRAMER, *supra* nota 10, pág. 73-84 (en donde el autor argumenta que el constitucionalismo popular ha operado de esta manera a lo largo de la historia). La frase “política común” o “legislación común” es la que Bruce Ackerman emplea para distinguir la actividad política cotidiana de los momentos especiales en los que existe una interpretación y definición constitucional “superior”. BRUCE ACKERMAN, *WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS* 6, 266 (1991).

14. Véase Rebecca L. Brown, *Tradition and Insight*, 103 *YALE L.J.* 177, 180 (1993): “sostengo que la Constitución debería ser entendida como parte de un cuerpo de tradiciones que puede enseñar a las generaciones presentes y futuras principios que permitirán a la sociedad no solamente cambiar sino también madurar—desarrollar un cierto grado de autonomía y capacidad para el juicio independiente y a la vez continuar apreciando el valor aprovechable de la sabiduría y las experiencias de las generaciones anteriores.” Friedman & Smith, *supra* 13, pág. 7 (“El rol del intérprete constitucional es reconciliar nuestros compromisos constitucionales más profundos, revelados por toda nuestra historia constitucional, con las preferencias actuales”). Véase en general Larry Kramer, *Fidelity to History — and Through It*, 65 *FORDHAM L. REV.* 1627 (1997).

15. Respondiendo a la dificultad contramayoritaria, algunos autores han argumentado que el control judicial debería ser entendido como una técnica para remitir una cuestión para que sea reconsiderada por la ciudadanía: un pedido del Juan ebrio al Juan sobrio. Véase Mark V. Tushnet, *Justice Brennan, Equality, and Majority Rule*, 139 *University of Pennsylvania Law Review* 1357, 1369-70 (1991); Véase también Barry Friedman, *Dialogue and Judicial Review*, 91 *MICH. L. REV.* 577, 678 (1991) [de aquí en adelante Friedman, *Dialogue and Judicial Review*] (en donde el autor se refiere al “pedido del Juan ebrio al Juan sobrio”). De esta forma, la defensa del control judicial es incompleta. Supóngase que, después del reenvío, la ciudadanía decidiera que lo que realmente quiere es la ley que la Corte declaró inconstitucional. La Corte podría decir, “bueno, si es lo que realmente quieren, nosotros dejaremos que lo hagan. La ley ya no es inconstitucional, aún cuando lo era cuando el caso fue considerado en primer término”. Sin embargo, la respuesta también podría ser frustrar una sostenida voluntad mayoritaria. En cuanto a niveles de generalidad, véase *Michael H. v. Gerald D.*, 491 U.S. 110, 127-128 n.6 (1989) (Scalia and Rehnquist, JJ.) (“Nos referimos al nivel más específico [de generalidad] en el cual una tradición relevante que protege o niega protección a un derecho reconocido puede ser identificada.”); Lawrence H. Tribe, *Saenz Sans Prophecy: Does the Privileges or Immunities Revival Portend the Future — or Reveal the Structure of the Present?*, 113 *HARV. L. REV.* 110, 180 (en donde se analiza el argumento del Juez Scalia de que los derechos descubiertos por medio de un examen de nuestras tradiciones pueden ser definidos como los de mayor nivel de especificidad posible”).

lo largo del tiempo.¹⁶ Este no es un rol exclusivo del poder judicial, pero dadas las funciones cumplidas por los diferentes poderes, esa tarea recae mayoritariamente sobre aquél. Después de todo, los poderes más políticos están encargados de adoptar y satisfacer los deseos populares. Los jueces, por otro lado, dicen “no” (y “sí”) a los actos de los poderes políticos, basados en la interpretación judicial de los requerimientos constitucionales. Al ejercer el poder del control judicial, los jueces descansan (o deberían descansar) en los valores duraderos de la sociedad, cuando ellos precluyen los actos inmediatos de otros actores gubernamentales.

Pero lo que aquellos que se quejan del control judicial frecuentemente ignoran es que, de manera consistente con el concepto de constitucionalismo popular, el veto judicial debe necesariamente encuadrar dentro de un margen aceptable para la opinión popular a lo largo del tiempo. Las decisiones judiciales no necesitan ser instantáneamente populares o aceptadas; esto es sólo una de las maneras en que el constitucionalismo popular es “mediado.” Distinguir las preferencias inmediatas de las interpretaciones constitucionales duraderas y profundamente sostenidas puede requerir algún tiempo. La cuestión es si a partir de la reflexión una decisión judicial puede ganar aceptación popular.

Lo que sigue es un esbozo de tal sistema de control judicial, que no está basado en la teoría filosófica del derecho sino en la teoría y en la investigación de las ciencias sociales. Este esbozo tiene un propósito: crear el escenario para responder uno de los aspectos más problemáticos del constitucionalismo popular mediado, la cuestión referida a si la atención pública sobre la actuación judicial podrá alcanzar las premisas subyacentes del sistema. En otras palabras, ¿puede el constitucionalismo popular mediado lograr un balance apropiado entre el control del poder judicial a lo largo del tiempo y el triunfo inmediato de la opinión popular? El resto del artículo explora este problema en profundidad.

A. La Objeción Contramayoritaria Criticada

Dado que esta es una teoría reactiva, resulta útil explicar contra qué se desarrolla. Ella se formula contra una larga tradición que sostiene que “para bien o para mal”, el control judicial es contramayoritario.¹⁷ La cuestión de “para bien o para mal”, es en sí misma problemática: progresistas y conservadores tienden a cambiar de lado dependiendo de lo que los tribunales estén haciendo,¹⁸ pero ambas posiciones implican la afirmación sobre el carácter contramayoritario.

Es sumamente importante entender qué significa concretamente la objeción contramayoritaria. Ello es así porque los teóricos constitucionales pueden decir que la evidencia empírica respecto de la relación entre la opinión popular y el control judicial es irrelevante para su propósito. Ellos pueden argüir que, como una cuestión de filosofía política, están tratando de responder al problema de la legitimidad del control judicial.

16. Para un análisis de esta cuestión, véase Barry Friedman, *The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review*, 72 U. CIN. L. REV.

17. Véase *supra* notas 1-6.

18. Véase en general Barry Friedman, *The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five*, 112 YALE L.J. 153 (2002) [de aquí en adelante Friedman, *The Countermajoritarian Difficulty, Part Five*]; Friedman, *The Cycles of Constitutional Scholarship*, *supra* nota 8.

Pueden insistir con que el hecho de que la ciudadanía esté de acuerdo con las decisiones judiciales o que esté a favor del control judicial no tiene nada que ver con la legitimidad de tal práctica.

En algún punto, sin embargo, los argumentos filosóficos deben encontrar evidencia empírica directa. Las evasivas acerca de lo que la objeción contramayoritaria significa precisamente torna esto complicado. Pero bajo cualquier descripción plausible, la relación entre la opinión popular y el control judicial debe tener alguna influencia sobre la objeción contramayoritaria.

El control judicial puede ser problemático, porque los jueces no son responsables políticamente, como sí lo son los otros poderes.¹⁹ Pareciera que ésta es a veces la base de la objeción, pero si es así es una base extremadamente rara. Después de todo, los jueces federales nunca fueron responsables políticamente.²⁰ Por ello, si uno sigue la lógica de esta objeción, debe arribar a la conclusión de que, o bien el sistema para seleccionar jueces federales debe ser cambiado, o bien que la práctica del control judicial debe ser eliminada. Sin embargo, generalmente uno no escucha ninguno de estos reclamos de una manera tan clara. Además, muchos jueces estatales o locales que también poseen el poder de control judicial -poder absoluto, de hecho, para interpretar las constituciones estatales- son votados. Más infrecuente es la objeción de que tales sistemas electorales son preferibles al sistema federal. Tal vez exista un sistema de selección mejor que el federal, y tal vez él involucre componentes electorales, pero los actuales sistemas de selección estatales son considerados muy desafortunados.²¹ La evidencia empírica sobre la opinión popular puede ser irrelevante para la objeción de que el control judicial es

19. Véase ELY, *supra* nota 5, pg. 4-5 (en donde el autor señala lo que él considera el “problema central del control judicial: un órgano que no es elegido o que no es políticamente responsable de otra manera significativa le dice a los representantes elegidos de la ciudadanía que no pueden gobernar como quisieran”). Un problema relacionado con esta clase de teorías es que asumen muy rápidamente que el trabajo de adjudicación de los jueces constitucionales implica principalmente invalidar leyes dictadas por legislaturas competentes, cuando de hecho la mayoría de los casos constitucionales versa sobre la actividad de unos funcionarios administrativos relativamente poco responsables, como los policías de bajo rango. Véase, por ejemplo, Matthew D. Adler, *Judicial Restraint in the Administrative State: Beyond the Countermajoritarian Difficulty*, 145 U. PA. L. REV. 759, 762 (1997) (“El control judicial no es la práctica de invalidar leyes. Tampoco es una práctica ejemplificada por la invalidación de leyes. Antes bien, el control judicial es, como mínimo, la práctica de invalidar leyes (federales y estatales), normas, órdenes y acciones de oficiales sobre bases directamente constitucionales.”); Seth F. Kreimer, *Exploring the Dark Matter of Judicial Review: A Constitutional Census of the 1990s*, 5 WM. & MARY BILL RTS. J. 427, 427 (1997) (“De hecho, los tribunales federales aplican en la mayor parte de los casos las normas constitucionales contra agencias administrativas y burócratas de baja jerarquía, y las normas son hechas cumplir no por la Corte Suprema sino por los tribunales federales de primera instancia.”) Por supuesto, estos oficiales pueden llegar a ser responsables ante (o receptivos a) la opinión pública de otras maneras que por medio de las elecciones. Pero si esto satisface a la teoría democrática, entonces el tema de la elección no debería ser la cuestión central respecto de los jueces”.

20. Constitución de los Estados Unidos, art III, § 1 (“Los jueces, tanto del Tribunal Supremo como de los inferiores, continuarán en sus funciones mientras observen buena conducta y recibirán en períodos fijos una remuneración por sus servicios que no será disminuida durante el tiempo de su mandato”).

21. Véase, por ejemplo, Mark A Behrens & Cary Silverman, *The Case for Adopting Appointive Judicial Selection Systems for State Court Judges*, 11 CORNELL J. LAW & PUB. POL’Y 273 (2002); Charles Gardner Geyh, *Why Judicial Elections Stink*, 64 OHIO ST. L.J. 43 (2003); Véase también Steven P. Croley, *The Majoritarian Difficulty: Elective Judiciaries and the Rule of Law*, 62 U. CHI. L. REV. 689 (1995).

problemático en tanto los jueces no son elegidos popularmente, pero si ésta es la objeción, uno debe estar preparado para atacar el problema de raíz. Y en la medida en que la objeción sea que los representantes elegidos son relativamente más responsables en términos políticos respecto a las preferencias populares, ésta pareciera, nuevamente, tratarse de una cuestión empírica.²²

Por otro lado, el reclamo podría ser que el control judicial es problemático porque invalida leyes dictadas en nombre del pueblo por medio de sus representantes electos.²³ Esta clase de reclamo cuadra más confortablemente con la clase de remedios propuestos para responder al problema del presuntamente estricto control judicial contramayoritario, que típicamente incluye a las teorías sobre la interpretación constitucional, y no sobre la selección judicial. Algunos teóricos sugieren que los jueces deberían prestar mayor deferencia a los criterios de los representantes electos.²⁴ Otros ofrecen teorías de interpretación que ostensiblemente equipararían la práctica de control judicial con el gobierno democrático.²⁵

Pero aún esta afirmación –que es problemático que los jueces derroten las decisiones de los representantes electos- conlleva una confusión que ha de ser identificada y probablemente resuelta. La confusión consiste en no distinguir si el reclamo es que los jueces están invalidando leyes debidamente sancionadas o si están interfiriendo con las preferencias mayoritarias. Estos dos puntos no son necesariamente idénticos. Si bien la

22. El argumento podría ser que los funcionarios públicos son relativamente más responsables políticamente que los jueces constitucionales, o que es más sencillo corregir los errores de otros funcionarios que las decisiones constitucionales de los jueces. Si éstas son las objeciones, vale la pena destacar que ellas son fuertemente empíricas, y que la mayor parte de la literatura académica sobre esta cuestión no efectúa ningún intento de resolverlas sobre esta base. Este es un área provechosa para una posterior investigación, pero podrían decirse tres cosas a esta altura. Primero, no todos los funcionarios públicos son responsables ante el electorado, y si la cuestión es si existen otras formas de responsabilidad, entonces sería necesario que mediante un inteligente estudio se estableciera si los jueces son más o menos responsables políticamente que estos otros funcionarios. Véase *supra* nota 19 (en donde se discute sobre los funcionarios públicos no electos). Segundo, las decisiones judiciales impopulares sí son modificadas; el punto específico aquí es que típicamente se logra congruencia entre la opinión popular y las decisiones judiciales. Véase *infra* notas 28-36. Ante la ausencia de un estudio comparado, es difícil de determinar si modificar decisiones judiciales es más difícil que derrotar la inercia legislativa o la presión de los grupos de interés –ambas con la capacidad de derrotar la opinión popular-. Finalmente, las investigaciones que miden la receptividad del gobierno a la opinión pública tienden a demostrar que el poder judicial es como mínimo tan receptivo como las otras entidades gubernamentales. Véase Terri Peretti, *An Empirical Analysis of Alexander Bickel's The Least Dangerous Branch*, en ALEXANDER BICKEL AND CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL THEORY (Kenneth Ward ed., disponible en 2004) (en donde se reseña la bibliografía sobre la receptividad de la política a la opinión pública).

23. BICKEL, *supra* nota 3, pág. 16-17 (en donde el autor argumenta que “cuando la Corte Suprema declara inconstitucional un acto legislativo o la acción del ejecutivo, está torciendo la voluntad de los representantes de la gente que existe aquí y ahora, ejerciendo un control no a favor de la mayoría prevaleciente sino en contra de ella.”)

24. Esta opinión es comúnmente atribuida a Thayer, lo que causa inmediatamente un problema, porque Thayer sólo aplicaría esta regla de la deferencia a los juicios legislativos. Sin embargo, los miembros de las legislaturas estatales también son funcionarios elegidos. Véase Edward A. Purcell, Jr., *Learned Hand: The Jurisprudential Trajectory of an Old Progressive*, 43 BUFF. L. REV. 873, 886 (1995) (reseña de libro). Hoy en día los argumentos en favor de la deferencia se escuchan frecuentemente. Véase *supra* notas 12-15.

25. Para ejemplos de estas teorías, véase de modo general ACKERMAN, *supra* nota 13; RONALD DWORKIN, *LAW'S EMPIRE* (1986); CHRISTOPHER L. EISGRUBER, *CONSTITUTIONAL SELF-GOVERNMENT* (2001); ELY, *supra* nota 5.

teoría normativa a menudo esquivo este hecho complejo, las leyes sancionadas debidamente no siempre están acompañadas del apoyo popular.²⁶ Incumbe entonces a quienes objetan el control judicial especificar cuál de las afirmaciones es problemática.²⁷ Si los jueces están invalidando leyes antipopulares, la objeción contramayoritaria es, cuanto menos, difícil de entender. Apoyándose en una teoría de la democracia deliberativa, uno podría argumentar que debe preferirse a los representantes aislados que no reflejan las preferencias de sus representados antes que a los jueces que sí representan las preferencias populares, pero éste no es un argumento que se escuche a menudo (si es que se escucha alguna vez). Tampoco es fácil ver el atractivo normativo de favorecer a representantes electos que se desvían de la voluntad popular por sobre jueces que actúan de modo consistente con ella.

En última instancia, el planteo (y el temor) debe ser que los jueces invaliden leyes populares. Pero como veremos, éste es un planteo altamente dudoso. Los jueces que invalidan leyes populares finalmente terminan en problemas. Por otro lado, es improbable que el control judicial se vea amenazado cuando los jueces actúan en forma contraria a la voluntad de los representantes elegidos, pero de modo consistente con la opinión popular.

Aún cuando el público no apruebe todas las decisiones judiciales, el propio sistema de control judicial puede de todos modos encontrar un amplio apoyo popular. Dicho de manera diferente, el propio público podría preferir un sistema en el que los jueces frenen a veces sus preferencias inmediatas. Es altamente improbable que el público esté dispuesto a sostener un sistema en el que los jueces sólo, o incluso de modo usual, invaliden leyes populares. Pero el público bien podría apoyar un sistema que le dé lo que quiere la mayor cantidad de veces, aún cuando ello no suceda siempre. Y el público podría aplaudir un sistema que a veces lo prive de sus preferencias inmediatas, en nombre de otros valores profundamente sostenidos.

B. Un Esbozo del Constitucionalismo Popular

La idea del constitucionalismo popular mediado descansa en tres suposiciones. La primera es que las decisiones judiciales cuentan con un margen de aceptación para la mayoría de las personas. La segunda suposición es que, aún cuando esté en desacuerdo con algunas decisiones, la gente sin embargo apoya la práctica del control judicial. La tercera es que si la gente estuviera descontenta con el control judicial y sus resultados, podría tomar medidas al respecto.

Existe evidencia significativa de que la primera suposición es cierta. Aunque nuestro modelo no es perfecto, y los estudios empíricos tienen sus fallas, la abundante evidencia

26. Parte de la vasta bibliografía sobre esta punto es reseñada en Friedman, *Dialogue and Judicial Review*, *supra* nota 15, pág. 638-41.

27. Además, aquellos que cuestionan el control judicial se concentran muy especialmente en el trabajo de la Corte Suprema, y fallan al analizar la importancia del control judicial en numerosos casos comunes resueltos por instancias judiciales inferiores. Véase Erwin Chemerinsky, *Losing Faith: America Without Judicial Review?*, 98 MICH. L. REV. 1416, 1424 (2000) [de aquí en adelante, Chemerinsky, *Losing Faith*] ("Hacer foco exclusivamente en la Corte Suprema ignora la enorme cantidad de decisiones de instancias inferiores que aplican la Constitución.") (criticando a TUSHNET, *supra* nota 11).

actual sugiere que la mayor parte del tiempo las decisiones judiciales se encuentran dentro del margen de aceptación que uno podría esperar de los agentes del gobierno popular.²⁸ Los teóricos sociales realizan básicamente dos tipos de investigaciones sobre la consistencia entre la opinión popular y las decisiones judiciales. Una clase de investigación compara los resultados de las encuestas sobre políticas públicas con las decisiones de la Corte Suprema.²⁹ Así, una encuesta que interroga sobre las opiniones populares sobre el aborto puede ser comparada con las decisiones de la Corte Suprema en ese tema.³⁰ Estos estudios fallan al no desarrollar un proyecto sostenido en el que las encuestas estén regularmente diseñadas para reflejar la agenda de la Corte Suprema.³¹ Sin embargo, existen varios puntos de información para arribar a la conclusión de que, en lo principal, los resultados de la adjudicación de la Corte Suprema están en línea con las preferencias de una mayoría o al menos de una fuerte primera minoría, algo que muchos politólogos toman hoy como dado.³²

28. Véase *infra* nota 36.

29. Véase JONATHAN D. CASPER, *THE POLITICS OF CIVIL LIBERTIES* (1972) (en donde se comparan las decisiones de la Corte Suprema sobre derechos civiles, seguridad nacional y garantías en el proceso penal con las encuestas de opinión); THOMAS R. MARSHALL, *PUBLIC OPINION AND THE SUPREME COURT 2* (1989) (en donde se examinan aproximadamente 150 encuestas nacionales y las correlativas decisiones de la Corte desde mediados de 1930); ROBERT WEISSBERG, *PUBLIC OPINION AND POPULAR GOVERNMENT* (1976) (en donde se comparan las decisiones de la Corte y las encuestas de opinión sobre la integración escolar, la pena de muerte y los rezos en las escuelas); David G. Barnum, *The Supreme Court and Public Opinion: Judicial Decision Making in the Post-New Deal Period*, 47 J. POL., 652, 654-64 (1985) (en el que el autor hace foco en la relación entre las preferencias de la Corte Suprema y las del público norteamericano en cuestiones especiales de política pública, como el control de natalidad, los matrimonios interraciales, el rol de la mujer y el aborto, en el período que siguió al New Deal).

30. Véase Judith Blake, *The Abortion Decisions: Judicial Review and Public Opinion*, en *ABORTION: NEW DIRECTIONS FOR POLICY STUDIES* 51-82 (Edward Manier et al. eds., 1977); John E. Jackson & Maris Vinovskis, *Public Opinion, Elections, and the 'Single Issue' Issue*, en *THE ABORTION DISPUTE AND THE AMERICAN SYSTEM* 64-81 (Gilbert Steiner ed., 1984).

31. Además, muchas investigaciones sólo examinan la consistencia entre la opinión pública y una cuestión o decisión individual. Véase MARSHALL, *supra* nota 29, pág. 71 ("Los trabajos disponibles son limitados porque ellos principalmente reportan investigaciones sobre casos individuales.")

32. CASPER, *supra* nota 29 (encontrando que las decisiones de la Corte sobre derechos civiles y seguridad nacional reflejan más fielmente la opinión pública que las decisiones sobre garantías en el proceso penal); MARSHALL, *supra* nota 29, pág. 97 ("Los resultados sugieren que desde mediados de 1930, la Suprema Corte ha sido esencialmente una institución mayoritaria en la política norteamericana. Cuando existe una clara votación mayoritaria o existe una fuerte primera minoría, más de las tres quintas partes de las decisiones reflejan esas votaciones."); TERRY J. PERETTI, *IN DEFENSE OF A POLITICAL COURT* 177 (1999) ("[La] Corte no siempre dicta decisiones impopulares o juega un rol impopular... [Como] muchas investigaciones han probado, la Corte no actúa exclusiva o persistentemente en oposición a la opinión pública o a la voluntad de los órganos representativos."); WEISSBERG, *supra* nota 29 (en donde el autor encuentra que la Corte estuvo más frecuentemente de acuerdo con la opinión pública en los casos de integración escolar y de pena de muerte que en los casos de las plegarias en las escuelas); Barnum, *supra* nota 29, pág. 662 ("Visto en el contexto de las tendencias nacionales de la opinión pública... el activismo judicial del período post New-Deal de la Corte Suprema fue de hecho sorprendentemente consistente con los principios mayoritarios."); véase también James Bryce, *Flexible and Rigid Constitutions*, en 1 *STUDIES IN HISTORY AND JURISPRUDENCE* 197 (1901): "[La] experiencia ha demostrado que cuando la opinión pública se sitúa fuertemente a favor de una línea de conducta que la legislatura ha seguido al afianzar la Constitución, los tribunales se ven también afectados por esa opinión, y van tan lejos como sus conciencias jurídicas y el sentido general de la profesión jurídica lo permiten -posiblemente a veces un poco más lejos- al convalidar lo que la legislatura ha hecho".

Las encuestas al menos testean varios casos de gran trascendencia,³³ que son los que presumiblemente más le importan a la gente, aunque esto puede ser un defecto si a uno le interesa la opinión pública respecto de la totalidad de las decisiones judiciales. Además, como otras investigaciones sugieren, si existe una divergencia, el tiempo –y no un lapso demasiado largo de tiempo– usualmente sirve para asegurar que la Corte se rinda ante la opinión pública, o confirma que ésta se estaba moviendo en la misma dirección que la indicada por las decisiones del Tribunal.³⁴

Otro conjunto de estudios compara el liberalismo o el conservadurismo de las decisiones de la Corte Suprema con un barómetro del liberalismo o conservadurismo del público.³⁵ Estos estudios son metodológicamente muy complicados, y puede ser una mala idea apoyarse exclusivamente en cualquiera de ellos. Pero con independencia de la manera en que el problema es abordado, el resultado es principalmente el mismo: los cambios de opinión en el público general se ven reflejados en las decisiones de la Corte Suprema.³⁶

33. MARSHALL, *supra* nota 29, pág. 72-74 (“Las encuestadoras más importantes están usualmente relacionadas con diarios o estaciones de televisión, y las encuestas focalizan fuertemente en controversias actuales. Como resultado, ciertos temas de interés público –como los casos de libertades civiles, seguridad nacional, trabajo y religión– están sobre-representados.”)

34. Barnum, *supra* nota 29, pág. 664 (describiendo la interdependencia de la relación entre las decisiones de la Corte Suprema y la opinión pública a lo largo del tiempo, y resaltando el impacto de esas decisiones en la reducción de la brecha cuando existe divergencia entre la opinión pública nacional y la estadual; William Mishler & Reginald Sheehan, *Public Opinion, the Attitudinal Model, and Supreme Court Decision Making: A Micro-Analytic Perspective*, 58 J. POL., 169, 196-98 (1996) (encontrando una demora de cinco años en la respuesta de algunos jueces de la Corte Suprema a la opinión pública); William Mishler & Reginald Sheehan, *The Supreme Court as a Countermajoritarian Institution? The Impact of Public Opinion on Supreme Court Decisions*, 87 AM. POL. SCI. REV., 87 (1993) [de aquí en adelante Mishler & Sheehan, *The Supreme Court as a Countermajoritarian Institution?*] (en donde los autores encuentran una demora de cinco a siete años en la receptividad de la Corte Suprema a la opinión pública); Véase también Robert Dahl, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, 6 J. PUB. L., 279, 285 (1957) (“El hecho es, entonces, que las opiniones dominantes sobre política pública en la Corte nunca están por mucho tiempo fuera de línea con las opiniones dominantes sobre política pública de las mayorías legisferantes de los Estados Unidos”).

35. Véase Roy B. Fleming & Dan B. Wood, *The Public and the Supreme Court: Individual Justice Responsiveness to American Policy Moods*, 41 AM. J. POL. SCI., 492-95 (1997); Mishler & Sheehan, *The Supreme Court as a Countermajoritarian Institution?*, *supra* nota 34; James A. Stimson et al., *Dynamic Representation*, 89 AM. POL. SCI. REV. 543, 555-56 (1995); Kevin T. McGuire & James A. Stimson, *The Least Dangerous Branch Revisited: New Evidence on Supreme Court Responsiveness to Public Preferences*, (2000) (trabajo no publicado, pág. 13-14, en archivo del autor), disponible en <http://www.unc.edu/~jstimson/papers.htm>. Véase de modo general JAMES A. STIMSON, PUBLIC OPINION IN AMERICA: MOODS, CYCLES, AND SWINGS (2d ed. 1999) (explicando la creación de un índice de Disposición Anímica del público norteamericano, que es la base para muchas investigaciones que exploran la relación entre el liberalismo en la opinión pública y las decisiones liberales de la Corte Suprema).

36. Véase Fleming & Wood, *supra* nota 35, pág. 468 (encontrando fuerte apoyo para el impacto directo del liberalismo sobre el ánimo del público en la proporción de decisiones liberales efectuadas por cada uno de los jueces de la Corte Suprema); McGuire & Stimson, *supra* nota 35 (encontrando fuerte apoyo para el impacto directo del liberalismo sobre el ánimo del público en la proporción de decisiones liberales efectuadas por la Corte Suprema); Mishler & Sheehan, *Public Opinion, the Attitudinal Model, and Supreme Court Decision Making*, *supra* nota 34, pág. 169 (encontrando fuerte apoyo para el impacto directo del liberalismo sobre el ánimo del público en la proporción de decisiones liberales efectuadas por algunos de los jueces de la Corte Suprema pero luego de cinco años); Stimson et al., *Dynamic Representation*, *supra* nota 35, pág. 543 (encontrando que las decisiones de la Corte Suprema reflejan el nivel de liberalismo presente en el ánimo del público pero en menor grado que las otras ramas del gobierno); Véase también William Mishler & Reginald Sheehan, *Response*, 88 AM. POL. SCI. REV. 711, 716-22 (1994); William Mishler & Reginald

Por supuesto, no existe una congruencia perfecta entre la opinión pública y las decisiones judiciales, por lo que cobra importancia la segunda suposición. Claramente existen áreas –vienen a la mente la quema de la bandera y las plegarias en las escuelas- en las que el público parece desaprobar las decisiones constitucionales. Pero aún teniendo en cuenta estas áreas, no existe ningún clamor popular para eliminar el control judicial.

Esto necesariamente nos acerca a la última suposición –la más difícil de probar-, que es la existencia de cierto mecanismo de control popular que verifique que haya congruencia entre las preferencias populares y los resultados judiciales. Esta suposición es importante, porque la idea del constitucionalismo popular mediado asume que si las decisiones judiciales estuvieran en desacuerdo con las preferencias populares de manera significativa, o si el público deseara eliminar o modificar la práctica del control judicial, existe un medio para corregir el proceso. Cabe sin embargo destacar que el hecho de que haya convergencia entre la opinión popular y los resultados judiciales en los asuntos de gran trascendencia es en sí mismo evidencia de que tal mecanismo existe. Sería una enorme y oportuna coincidencia encontrar esa convergencia en ausencia de un mecanismo de coordinación.

Aunque puede ser difícil especificar con precisión ese mecanismo, existen varias posibilidades. Un posible mecanismo es el procedimiento de selección de jueces. Como la literatura de las ciencias políticas y el derecho ha observado, los procesos periódicos de designaciones judiciales, y particularmente los de la Corte Suprema, aseguran una congruencia entre la opinión popular y los resultados judiciales.³⁷ Los presidentes, sujetos ellos mismos a la influencia popular, designan a personas cuyas opiniones sean afines a ésta, y que puedan sobrevivir al proceso de confirmación.

Sheehan, *The Supreme Court as a Counter-majoritarian Institution?*, *supra* nota 34, pág. 87 (encontrando apoyo para el impacto indirecto de la opinión pública en la Corte Suprema, por medio del proceso de nominación-confirmación, y para el impacto directo de la opinión pública liberal sobre las decisiones de la Corte Suprema pero con una demora de cinco años); Jeffrey Segal & Helmut Norpoth, *Popular Influence on Supreme Court Decisions*, 88 AM. POL. SCI. REV., 711, 716 (1994) (encontrando apoyo para el impacto indirecto de la opinión pública sobre la Corte Suprema, por medio del proceso de nominación-confirmación, y no para el impacto directo de la opinión pública liberal sobre las decisiones de la Corte Suprema).

37. MARSHALL, *supra* nota 29, pág. 20 (evaluando el proceso de designación como un puente entre la opinión pública y la Corte Suprema); PERETTI, *supra* nota 32, pág. 100: “Los jueces de la Corte Suprema son elegidos por el Presidente y el Senado en primer lugar debido a sus lealtades partidarias. Así, es altamente probable que los valores que tienen los Jueces y están representados en la Corte reflejen los valores actualmente dominantes en la sociedad y en el gobierno, o como mínimo que han sido recientemente dominantes. Balkin and Levinson, *supra* nota 9; Mark Tushnet, *The Supreme Court, 1998 Term — Fore-word: The New Constitutional Order and the Chastening of Constitutional Aspiration*, 113 HARV. L. REV. 29, 65-67 (1999); Charles Cameron, Albert D. Cover, and Jeffrey Segal, *Supreme Court Nominations and the Rational Presidency* (trabajo presentado en la Reunión Anual de la Asociación Norteamericana de Ciencia Política, 1990, en archivo de los autores) (en donde se demuestra que uno de los fines tenidos en cuenta por el Presidente para la elección de un Juez de la Corte Suprema es la maximización de la popularidad). Los autores identificados en la nota 36, *supra*, también evaluaron el impacto indirecto de la opinión pública en las decisiones de la Corte Suprema por medio del proceso de nominación-confirmación frente al impacto directo de la opinión pública en las decisiones de la Corte Suprema. Sus hallazgos reflejan una combinación de impacto directo e indirecto de la opinión pública sobre el proceso de toma de decisiones de la Corte.

Algunos estudios sugieren que éste es el medio más importante por medio del cual la influencia popular se hace sentir en la Corte Suprema.³⁸

A pesar de la obiedad de este mecanismo, el mismo no está exento de dificultades. Dos puntos hacen que esto sea visible. Primero, el mecanismo descansa en su propia suposición respecto a que los presidentes nombran jueces de la Corte Suprema (y otros jueces) cuyas ideas se encuentran en línea con la opinión popular predominante. Sin embargo, la evidencia sobre este punto no es exactamente abrumadora. Los estudios históricos sugieren que las prácticas presidenciales han variado.³⁹ Aún cuando la política motiva a los presidentes, las designaciones judiciales pueden ser -y son- usadas para satisfacer a distintos grupos de ciudadanos, incluyendo aquéllos que pueden situarse por fuera de la opinión predominante. Recientemente, por ejemplo, los presidentes republicanos han buscado jueces de una ideología fuertemente conservadora, tanto que bien podrían situarse por fuera de la opinión pública.⁴⁰ En segundo lugar, los jueces –incluyendo a los de la Corte Suprema- se desempeñan durante largo tiempo. Los asuntos y la política cambian a su alrededor. No es para nada claro por qué esta suma de opiniones de jueces designados a lo largo de un extenso período de tiempo debe necesariamente reflejar la opinión pública. Este mecanismo podría lograr ese objetivo, pero ningún estudio profundo ha probado de modo irrefutable que así sea.

Otra manera de pensar acerca del mecanismo que asegure una congruencia entre las decisiones judiciales y la opinión popular es prestar atención a los incentivos. ¿Tienen los jueces el incentivo para velar por que sus decisiones mantengan algún tipo de consistencia con la opinión popular? Si lo tienen, entonces podríamos esperar esa clase de resultados, siempre y cuando exista alguna manera de que los jueces puedan producirlos. Tal como veremos, tanto la cuestión del incentivo como la del modo en que los jueces logran producir esos resultados juegan un papel muy relevante en la capacidad del público para monitorear el comportamiento judicial.

38. Véase, por ejemplo, Mishler & Sheehan, *The Supreme Court as a Countermajoritarian Institution?*, *supra* nota 34 (en donde los autores encuentran que las decisiones de la Corte siguieron el ánimo del público, con un breve retraso, desde 1956 a 1981; y sugiriendo que la clave de la explicación era el empleo políticamente motivado del proceso de designación); Segal & Norpoth, *supra* nota 36, pág. 716 (“Mientras que los Jueces no son responsables ante el electorado, los presidentes y los senadores, quienes comparten el poder de elegirlos, sí lo son. Cualquiera sea la configuración de la opinión pública que elija a un presidente, ella puede verse en particular reflejada en las designaciones que éste haga para la Corte... No es tanto que los jueces presten especial atención a la opinión pública como que ellos han sido elegidos por un presidente (con el acuerdo del Senado) que presumiblemente comparta las opiniones del público.”)

39. PERETTI, *supra* nota 32, pág. 86-87: “Los presidente han por supuesto fluctuado en el énfasis otorgado a un criterio en particular. Por ejemplo, Truman era especialmente afecto a las designaciones de sus amigos, enfatizando la amistad personal y la lealtad política por sobre la ideología *per se*. El Presidente Ford, del mismo modo que Eisenhower, privilegiaba las consideraciones profesionales... El objetivo de Carter... [fue descrito] como ‘de selección por mérito entre los demócratas.’ Las opiniones políticas de los nominados fueron críticas en las decisiones sobre nombramientos judiciales de Franklin Delano Roosevelt, Johnson, Nixon y Reagan. DAVID A. YALOF, PURSUIT OF JUSTICES: PRESIDENTIAL POLITICS AND THE SELECTION OF SUPREME COURT NOMINEES (1999) (investigando los documentos de siete presidentes, de Truman a Reagan, para demostrar que algunos de ellos -Truman, Kennedy y Johnson- eligieron candidatos teniendo poca o ninguna idea de cómo podrían llegar a votar un día como jueces, mientras que otros presidentes, incluyendo a Nixon y Reagan, a menudo se decidieron por candidatos incluso en presencia de considerable evidencia de que podrían votar en contra de sus deseos); Véase también HENRY J. ABRAHAM, JUSTICES AND PRESIDENTS: A POLITICAL HISTORY OF APPOINTMENTS TO THE SUPREME COURT (1985).

40. PERETTI, *supra* nota 32, pág. 87 (“De manera similar a Reagan, los nominados por el Presidente Bush eran fervientes Republicanos que poseían una filosofía judicial conservadora, la mayoría de los cuales con una historia de activismo político.”)

La cuestión de los incentivos parece sencilla. Pese a todo lo que se ha dicho respecto a un poder judicial contramayoritario, los jueces necesitan a la gente. Primero, la opinión popular es la clave para sobrevivir a cualquier posible ataque emprendido por los poderes políticos.⁴¹ Los actores de estos poderes han desafiado, y continuarán desafiando, a la autoridad judicial o a su independencia cuando ello sirva a sus intereses.⁴² Que esos ataques triunfen depende de cómo el público los vea. Existe evidencia histórica en cuanto a que la opinión popular puede proteger a un poder judicial sitiado. El ejemplo más familiar de esto es el fracaso del plan de Franklin Roosevelt de nombrar a un juez extra para la Corte Suprema por cada miembro del Tribunal que tuviera más de 70 años (*Court-packing*), que se propuso en respuesta a las persistentes invalidaciones de la Corte Suprema a las medidas del New Deal que habían sido adoptadas para ayudar a los Estados Unidos a salir de la gran depresión.⁴³ Pero éste no es el único ejemplo. Es altamente probable que la

41. Gregory A. Caldeira, *Neither the Purse Nor the Sword: Dynamics of Public Confidence in the Supreme Court*, 80 AM. POL. SCI. REV. 1209 (1986) (sugiriendo que la fuerza que respalda al poder judicial es el apoyo de la gente); Lee Epstein et al., *The Supreme Court as a Strategic National Policymaker*, 50 EMORY L.J. 583, 584-85 (2001); Georg Vanberg, *Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review*, 45 AM. J. POL. SCI. 346, 351-52 (2001) (“La idea es que un público que apoye las decisiones puede ayudar a que éstas sean ejecutadas, mediante la amenaza implícita de una reacción política violenta como respuesta a instancias de desafío de la autoridad pública o de retraso en su implementación.”); Jeffrey K. Staton & Mark Strahan, *The Emergence of an Effective Constitutional Court* 3 (Sept. 20, 2002) (manuscrito no publicado, en archivo del autor) (argumentando que el apoyo del público es un elemento clave que explica la emergencia de un tribunal constitucional efectivo); Andrew D. Martin, *Public Policy, the Supreme Court, and the Separation of Powers*, pág. 21 (Agosto 4, 1998) (manuscrito no publicado, en archivo del autor): (“[La] rama que Alexander Hamilton describió como la ‘más débil’ tiene el poder de diseñar políticas públicas solamente por el respeto y el apoyo del público. Así como los jueces son inteligentes cazadores de políticas públicas, es razonable afirmar que a ellos les preocupa la legitimidad de la Corte cuando toman decisiones.”); Andrew D. Martin, *Statutory Battles and Constitutional Wars: Congress and the Corte Suprema*, pág. 12 (Oct. 26, 2001) (manuscrito no publicado, en archivo del autor) (“[La] habilidad del juez para alcanzar objetivos de política pública depende de su legitimidad.”)

42. Barry Friedman, *“Things Forgotten” in the Debate over Judicial Independence*, 14 GA. ST. U. L. REV. 737 (1998). Estamos familiarizados con ejemplos de tribunales federales, pero esto es cierto respecto de los estados también. Véase Kramer, *supra* nota 9, pág. 57-58 (en donde el autor destaca que en el caso de Rhode Island *Trevett v. Weeden*, “a pesar de que los jueces no declararon inconstitucional la ley ni tampoco declararon que tenían el poder de hacerlo, el gobernador convocó a una sesión especial en la legislatura, en la que llamó al tribunal de Rhode Island a explicar su conducta”, y que cuando el tribunal no produjo una respuesta satisfactoria, la “legislatura... trató una moción para remover a todo el tribunal”); Theodore W. Ruger, *“A Question Which Convulses a Nation”: The Early Republic’s Greatest Debate About the Judicial Review Power*, 117 HARV. L. REV. 826 (2004); Véase también Kramer, *supra* nota 9, pág. 56 (describiendo otros “esfuerzos tempranos para ejercer el control judicial [que] tendieron a atraer agudos reproches,” como por ejemplo *Rutgers v. Waddington* (New York), y un caso de New Hampshire donde la Corte estadual se rehusó a implementar una ley que eliminaba el juicio por jurados en casos de valor menor a diez libras”).

43. Este argumento es desarrollado en Friedman, *The History of the Counter-majoritarian Difficulty*, Part Four, *supra* nota 3, pág. 1057 (en donde el autor sostiene que parecen existir “fundamentos para concluir que podría haberse empleado algún tipo de castigo si la Corte no hubiera cambiado a los ojos del público. El sentimiento público en contra de la Corte era fuerte, y la causa de Roosevelt hubiera sido reforzada por una mala economía y por otras decisiones judiciales impopulares.”) Véase de modo general JOSEPH ALSOP & TURNER CATLEDGE, *THE 168 DAYS* (1938); WILLIAM E. LEUCHTENBURG, *THE SUPREME COURT REBORN: THE CONSTITUTIONAL REVOLUTION IN THE AGE OF ROOSEVELT* (1995). Véase, no obstante, BARRY CUSHMAN, *RETHINKING THE NEW DEAL COURT* 12-13, 25 (1998) (destacando que el plan de *Court-packing* encontró una temprana y organizada oposición y que la existencia de ciertas razones para dudar del éxito del plan proveyeron a los jueces de una “buen motivo para estar confiados de que la capitulación constitucional no era necesaria para prevenir la amenaza de *Court-packing*.”)

opinión popular haya servido como reaseguro de la independencia judicial en momentos críticos durante la Reconstrucción,⁴⁴ y existen teorías similares de otros países con tribunales constitucionales.⁴⁵

Los jueces también necesitan de la opinión popular para asegurarse de que sus decisiones sean ejecutadas. Parece plausible suponer que a los jueces les importan los fallos que dictan y prefieren que ellos no caigan en oídos sordos.⁴⁶ La ejecución de las decisiones judiciales típicamente no depende tanto de la gente como de los funcionarios públicos. Pero a veces el propio sentimiento popular importa, como resulta evidente a partir del desafío general producido por la decisión en *Brown v. Board of Education*.⁴⁷ Y aún cuando la ejecución esté a cargo de los funcionarios públicos, la acción que ellos decidan adoptar puede también ser resultado de la presión popular.

Dado el incentivo que los jueces enfrentan para permanecer dentro de las fronteras de la opinión popular, no requiere demasiado esfuerzo ver que ellos pueden asegurarse de que sus decisiones no se sitúen muy por fuera de las perspectivas predominantes. Existe ciertamente evidencia de que en los casos de mayor trascendencia los jueces tienen ese

44. Este punto es desarrollado en gran profundidad en Barry Friedman, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part II: Reconstruction's Political Court*, 91 GEO. L.J. 1, 47 (2002) [de aquí en adelante Friedman, *The Countermajoritarian Difficulty, Part II*] ("Los eventos [durante la Reconstrucción] sugieren que existía un apoyo difuso a la Corte, y que al menos hasta cierto punto, el público era reticente a ver que se tomaran medidas contra ella. Aunque esa reticencia obviamente no precluyó alguna clase de acción contra la Corte, podría haber moderado la acción que fue adoptada."); Véase también *id.* pág. 63 (en donde se destaca, respecto al *Court-packing* y las medidas tendientes a reducir la jurisdicción, que existió "una aceptación pública inicial de la idea del control político sobre el poder judicial, seguida del aparente ejercicio de ese control en un momento crítico. Ello produjo eventualmente un sentimiento de vergüenza pública sobre la acción y un aparente conflicto con las nociones del estado de derecho.")

45. Para un ejemplo interesante respecto de Konrad Adenauer y el Tribunal Constitucional alemán, véase Georg Vanberg, *Establishing Judicial Independence in Germany: The Impact of Opinion Leadership and the Separation of Powers*, 32 COMP. POL. 333-53 (2000). Véase también JENNIFER A. WIDNER, BUILDING THE RULE OF LAW 23-24 (2001) (en donde se describe cómo los ciudadanos de Zimbabwe "tomaron las calles" en protesta contra una acción militar que desafiaba la orden de un tribunal).

46. LAWRENCE BAUM, THE PUZZLE OF JUDICIAL BEHAVIOR 55 (2000) ("Los estudios de la Corte generalmente asumen que los jueces de la Corte actúan a favor de sus concepciones de lo que es el derecho o una buena política pública, y en apoyo de esa suposición existen fuertes argumentos teóricos y considerable evidencia empírica."); RICHARD A. POSNER, OVERCOMING LAW (1995) (en donde el autor analiza diferentes fuentes de motivación para los jueces, entre ellas la importancia de las consecuencias prácticas de sus decisiones); JEFFREY SEGAL & HAROLD J. SPAETH, THE SUPREME COURT AND THE ATTITUDINAL MODEL REVISITED (2002) (en donde los autores explican que el modelo actitudinal asume que cada uno de los miembros de la Corte Suprema tiene preferencias respecto de las cuestiones de política pública que enfrenta la Corte: cuando los jueces toman decisiones, ellos quieren que sus resultados se aproximen tanto como sea posible a esas preferencias de política pública); Véase también Jeffrey A. Segal & Albert D. Cover, *Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices*, 83 AM. POL. SCI. REV. 557, 558 (1989) (encontrando apoyo empírico para su modelo actitudinal).

47. Véase Michael J. Klarman, *Racial Change, and the Civil Rights Movement*, 80 VA. L. REV. 7 (1994) (en donde se detalla la resistencia sureña a la decisión en *Brown*); Véase también MORTON J. HORWITZ, THE WARREN COURT AND THE PURSUIT OF JUSTICE 25 (1998) ("La reacción a la decisión en *Brown* fue rápida. Como Richard Kluger señala en su relato sobre *Brown*, mientras buena parte de la prensa fuera del Sur recibió la decisión con entusiasmo, muchos sureños estaban escandalizados y enojados.")

cuidado.⁴⁸ Los jueces no viven dentro de un capullo sino que son parte de este mundo. No resulta creíble pensar que ellos carecen de información sobre la manera en que sus decisiones puedan ser recibidas.⁴⁹ Por supuesto, cuanto más dividida esté la política, más difícil será para un juez estar seguro, y en algunos casos los jueces podrán equivocarse.⁵⁰

Esto no implica sostener que los jueces simplemente siguen o deberían seguir la opinión popular cuando dictan sus fallos. Ya hemos visto que existe una discrepancia en la teoría normativa acerca de lo que los jueces deberían hacer. Como se dijo antes, si el constitucionalismo y el control judicial tienen un lugar en nuestro sistema de gobierno, entonces necesariamente existen ocasiones en las que los jueces deben apartarse de la opinión popular.

Esto es sólo para sugerir que lo que nosotros tenemos podría ser un sistema de constitucionalismo popular. Es decir, la mayoría de las decisiones más importantes de la Corte Suprema está en línea con la opinión popular predominante, y cuando ello no es así el público no obstante apoya la práctica del control judicial. Los mecanismos no son perfectos ni tampoco se comprenden perfectamente, pero la teoría es plausible.

Por supuesto, la relación entre la opinión pública y el control judicial necesariamente está mediada. Existen al menos tres maneras en que lo está. Primero, los jueces no son elegidos, de manera que el control popular sobre ellos es indirecto. En segundo lugar, el público necesariamente expresa sus opiniones sobre la conservación del sistema de control judicial por medio de sus representantes electos. Las medidas para ejecutar las decisiones judiciales, o para desafiar la autoridad judicial, provienen de aquellos que cuentan con el poder de hacerlo, y son esos actores los que, en mayor o menor medida, son responsables políticamente hacia la ciudadanía. Tercero, la comprensión de los ciudadanos acerca de lo que los jueces hacen está filtrada no sólo por medio de estos representantes sino también a través de los medios periodísticos y otras fuentes.

48. Véase Dennis J. Hutchinson, *Hail to the Chief: Earl Warren and the Supreme Court*, 81 MICH. L. REV. 922, 924 (1983) (en donde se discute la idea de que el logro del ex-Presidente de la Corte Earl Warren, ampliamente elogiado en ese momento, fue no sólo ser el autor de la decisión que declaró inconstitucional la auto-impuesta segregación estadual en las escuelas públicas sino también -y lo que es casi más importante- conseguir que la Corte votara de modo unánime respecto al resultado y los fundamentos.); Richard H. Pildes, *Democracy, Anti-Democracy, and the Canon*, 17 CONST. COMMENT. 295, 307 (2000): "Giles [v. Harris] tal vez confirma la teoría de que 'la conformidad de la ley a los deseos del poder dominante en la comunidad constituyó el principio básico de la teoría legal de [Holmes]' ... que un juez no debe nunca 'olvidar [] que los principios que para él son básicos para la mitad de sus pares son erróneos.'" Véase también Dennis J. Hutchinson, *Unanimity and Desegregation: Decisionmaking in the Supreme Court, 1948-1958*, 68 GEO. L.J. 1 (1979).

49. PERETTI, *supra* nota 32, pág. 182: "El apoyo del público y de la elite está en gran medida condicionado al acuerdo político con las decisiones de política pública de la Corte. De esta manera, la Corte debe practicar la prudencia política y ser lo suficientemente receptiva o sensible a las opiniones del público y de la elite de manera de no despertar al león dormido... Cuando los jueces de la Corte provienen de la elite política, es más probable que posean el conocimiento para anticipar, y los contactos para descubrir, las reacciones políticas a sus decisiones". Véase también RICHARD DAVIS, *DECISIONS AND IMAGES: THE SUPREME COURT AND THE PRESS* (1995) (proveyendo evidencia de que los Jueces de la Corte Suprema están atentos a la cobertura periodística de la Corte y de sus decisiones).

50. De hecho, Mark Graber argumenta, respecto a la mayoría de las cuestiones más controversiales de la época, que los órganos políticos simplemente 'se las encajan' al poder judicial. Véase Mark Graber, *The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary*, 7 STUD. AM. POL. DEV. 35 (1993); Véase también TUSHNET, *supra* nota 11, pág. 149-50.

Entender cómo funciona este sistema de constitucionalismo popular es importante, ya que ello tiene consecuencias respecto de los argumentos normativos sobre el control judicial. Si la evidencia empírica ofrecida aquí es correcta, entonces es posible que las afirmaciones frecuentemente efectuadas por los académicos del derecho con relación a la divergencia entre el control judicial y la opinión popular sean simplemente inapropiadas. De modo semejante, la afirmación normativa de que los jueces invalidan leyes en consonancia con los valores profundamente arraigados en la sociedad, y que la gente apoya este sistema, descansa en argumentos empíricos que requieren, en sí mismos, ser probados.

III. El margen de acción de la Corte

Como hemos visto, la teoría del constitucionalismo popular mediado se apoya fuertemente en, al menos, una pregunta empírica central: ¿cuán estrechamente constriñe la opinión pública a la autonomía judicial? Esta pregunta puede ser formulada de varias maneras, pero básicamente consiste en determinar si el sentimiento público exigirá decisiones judiciales que reflejen las preferencias populares, o si el público tolerará (o preferirá) una mayor autonomía judicial. Los jueces, o el poder judicial, que se aparten de la opinión pública, ¿serán necesariamente obligados a rendir cuentas?

Esta pregunta es central para la mayoría de las concepciones normativas sobre el control judicial, porque aunque los resultados judiciales a menudo reflejan la opinión pública, esto no significa que siempre lo hagan. La importancia para la teoría normativa consiste en entender qué consecuencias se producen cuando la divergencia tiene lugar. Aquellos que aplauden el rol contramayoritario del poder judicial esperarán que los jueces estén en condiciones de actuar en forma independiente con impunidad. Por otro lado, si la independencia del poder judicial es vista como una amenaza para los valores democráticos, los constitucionalistas populares podrán estar tranquilos en cuanto a que si un tribunal se desvía de la opinión popular, probablemente sea traído “al rebaño” con bastante rapidez.

A pesar de su importancia, esta pregunta acerca de la interacción entre la opinión pública y el control judicial es, tal vez, la más difícil de responder. Ello requiere una cuidadosa precisión teórica, presenta groseros problemas de medición y en última instancia entraña una cuestión relacionada, e igualmente problemática, acerca de cómo puede el público monitorear al poder judicial. Pero con todas sus dificultades, los teóricos sociales han elaborado un marco de análisis y al menos dado varios pasos hacia las respuestas.⁵¹

51. Resulta de interés remarcar que aunque el trabajo aquí discutido ofrece un análisis interesante respecto de la cuestión del apoyo público al control judicial, las conclusiones no deben ser aceptadas sin que se comprendan las fortalezas y debilidades del trabajo. Existe un vasto repertorio de trabajos en las ciencias sociales relacionado con la teoría constitucional -véase Barry Friedman, *The Politics of Judicial Review* (trabajo no publicado, en archivo del autor)- que está comenzando a recibir una bien merecida atención. Pero como cualquier conjunto doctrinario, este trabajo tiene dificultades, de las cuales los académicos que se apoyan en ellas deberían ser conscientes. Algunos de los aspectos problemáticos son reseñados en Barry Friedman, *Modeling Judicial Review* (trabajo no publicado, en archivo del autor). El proyecto de las ciencias sociales de conectar la opinión pública y el control judicial enfrenta obstáculos especialmente áridos, muchos de los cuales son aludidos en la discusión que sigue. Además, el proyecto está todavía en una fase muy preliminar. Con todas estas advertencias en mente, esa bibliografía todavía tiene potencial para fortalecer la manera en que los teóricos normativos piensan respecto del control judicial.

A. La Teoría del Apoyo Difuso

Durante al menos los últimos cuarenta años, los teóricos sociales han reflexionado sobre la relación entre el trabajo producido por las instituciones y el apoyo popular a dichas instituciones. La pregunta es de una importancia obvia para el gobierno democrático. En una democracia, la ciudadanía (tanto individual como colectivamente) no necesariamente estará todo el tiempo satisfecha con el trabajo de sus instituciones. ¿Pero persistirá el apoyo a esas instituciones aún durante momentos en los que el producto institucional sea insatisfactorio? Como David Easton, cuyo trabajo en esta área es trascendental, explica, “típicamente, los miembros de un sistema político pueden estar en contra de las autoridades, inquietos por sus políticas, insatisfechos con sus condiciones de vida y, de tener la oportunidad, preparados para echar a los titulares de sus puestos. A veces esas condiciones pueden conducir a cambios políticos o sociales fundamentales. Sin embargo, en otras oportunidades, a pesar de un descontento extendido, parece haber poca pérdida de confianza en el régimen –el orden subyacente de la vida política- o en la identificación con la comunidad política. El descontento político no es siempre, o incluso usualmente, una señal de cambio político básico.”⁵²

Para arribar a la cuestión respecto a si la gente permanecerá leal a las instituciones frente a desacuerdos políticos, Easton desarrolló los conceptos de apoyo ‘específico’ y ‘difuso’.⁵³ El apoyo específico está dado por el acuerdo con políticas particulares, y es una medida acerca de si una persona piensa que una institución está haciendo un buen trabajo en términos de los resultados de las políticas (*policy outputs*). El apoyo difuso, por otro lado, “consiste en una ‘reserva de actitudes favorables de buena voluntad que ayuda a los miembros a aceptar o tolerar resultados a los cuales se oponen o cuyos efectos ven como perjudiciales para sus necesidades.”⁵⁴

A pesar de la utilidad de la distinción, el análisis está colmado de dificultades metodológicas y de definición enfrentadas entre sí. Para poder medir estos tipos de apoyo uno debe ser capaz de definirlos con claridad, y, una vez definidos, de identificar maneras de investigarlos. Esta no es una tarea fácil, porque como uno podría esperar, en un punto ambos se funden. En otras palabras, un desacuerdo lo suficientemente intenso respecto a una institución en última instancia tendrá un impacto en el apoyo difuso.⁵⁵

Aplicar estos conceptos al trabajo de los tribunales constitucionales es aún más difícil. Existen al menos dos razones que explican esto. Primero, la coherencia del concepto descansa en la visibilidad de las instituciones. “Esto asume que la gente conoce o puede llegar a conocer a las autoridades políticas –aquellos responsables de las acciones cotidianas adoptadas en nombre del sistema político.”⁵⁶ Segundo, esto asume que la gente puede hacer responsables a las instituciones. “La relación entre las necesidades percibidas y las

52. David Easton, *A Re-Assessment of the Concept of Popular Support*, 5 BRIT. J. POL. SCI. 435, 436 (1975).

53. *Id.* pág. 436-37.

54. *Id.* pág. 444 (citando a DAVID EASTON, A SYSTEM OF ANALYSIS 273 (1965)).

55. Easton reconoció esta posibilidad, aunque sintió que podía ser resuelta: “[e]mpíricamente ellos podrían oscurecerse entre sí en algún punto, pero excepto en los márgenes, sus diferencias deberían ser realmente claras.” Easton, *supra* nota 52, pág. 448.

56. *Id.* pág. 437.

demandas articuladas debe ser tal que los miembros puedan atribuir la culpa o el elogio directamente a sus autoridades, como los legisladores o la legislatura.”⁵⁷ Ambas suposiciones son problemáticas respecto del control judicial. Como veremos, el trabajo de los tribunales no es particularmente visible. Y como hemos discutido, de manera diferente de lo que ocurre con los representantes electos, ninguna noción sobre la adjudicación constitucional tiene en su centro la idea según la cual, en caso de estar insatisfecha con las decisiones, la gente puede simplemente echar a patadas de sus puestos a los responsables.

Las dificultades para aplicar estos conceptos a los tribunales constitucionales pueden explicar por qué, sólo una década atrás, Greg Caldeira pudo decir: “[I]a verdad es que nosotros no sabemos virtualmente nada en términos sistemáticos acerca del efecto de la opinión pública sobre la Corte Suprema.”⁵⁸ Sin embargo, esta falta de conocimiento genera serios problemas para los análisis teóricos sobre el control judicial.⁵⁹ Jonathan Casper planteó esta cuestión duramente: “[m]uchas de las suposiciones normativas y de las proposiciones prescriptivas sobre el rol de la Corte Suprema en la sociedad norteamericana descansan en parte en aseeraciones implícitas y no probadas sobre las actitudes del público hacia la Corte”.⁶⁰

B. El Apoyo Difuso y la Corte Suprema

Sin embargo, Caldeira –hablando en 1990- era demasiado modesto, porque muy poco después él y su habitual co-autor James Gibson llevaron a cabo lo que todavía puede representar el mayor avance para entender la relación entre la opinión pública y la Corte Suprema, *The Etiology of Public Support for the Supreme Court (La etiología del apoyo público a la Corte Suprema)*.⁶¹ Acosados por problemas de metodología y de información disponible, Caldeira y Gibson sin embargo se las arreglaron para arribar a una distinción entre apoyo específico y difuso a la Corte Suprema. Y lo hicieron de manera tal que ella pudiera brindar alguna esperanza de obtener una respuesta a la pregunta acerca de si la gente apoyaría a la Corte a pesar de su desacuerdo respecto a decisiones individuales. En particular, a ellos se les ocurrió hacerle preguntas a la gente que identificaran, precisamente, lo que nos debe importar para medir el apoyo difuso: si el control judicial debe ser conservado pese a decisiones insatisfactorias, y si deberían emplearse medidas de castigo como la limitación a la

57. *Id.* pág. 438.

58. Gregory A. Caldeira, *Courts and Public Opinion*, en THE AMERICAN COURTS 303, 313 (John B. Gates & Charles A. Johnson eds., 1990) [de aquí en adelante, Caldeira, *Courts and Public Opinion*].

59. Es importante recordar que estas cuestiones se aplican no sólo a los tribunales federales sino también a los tribunales estatales, y que, a diferencia del poder judicial federal, los sistemas de selección y de conservación de cargos para los jueces estatales son una cuestión todavía no zanjada definitivamente. Véase JUDICIAL INDEPENDENCE AT THE CROSSROADS: AN INTERDISCIPLINARY APPROACH 191-226 (Stephen B. Burbank & Barry Friedman eds., 2002).

60. Jonathan D. Casper, *Public Opinion and the Supreme Court: Introductory Remarks*, 84 NW. U. L. REV., 983 (1983).

61. Gregory A. Caldeira & James L. Gibson, *The Etiology of Public Support for the Supreme Court*, 36 AM. J. POL. SCI., 639-64 (1992).

jurisdicción.⁶² Contra esta evidencia, ellos midieron el apoyo específico como una función acerca de si los interrogados sentían que las decisiones de la Corte eran muy conservadoras o muy liberales.⁶³

Caldeira y Gibson encontraron –según la apropiada frase de Easton- una “reserva de apoyo” a la Corte que trascendía el sentimiento hacia el trabajo específico que la Corte estaba haciendo.⁶⁴ De hecho, el apoyo difuso se mantuvo como una variable independiente del sentimiento público, aún cuando ellos controlaron muchas otras variables –incluyendo cuestiones como las características demográficas o las preferencias políticas en temas como el aborto o la segregación racial- que es admisible pensar que puedan ejercer influencia sobre ese sentimiento.⁶⁵

El hallazgo más revelador fue tal vez la medida que sí se correspondía en forma moderada con el apoyo difuso. Caldeira y Gibson formularon a sus encuestados una serie de preguntas que combinaban el tema de la seguridad y el orden con el de las libertades de los ciudadanos, y que interrogaban sobre el respeto a lo que los autores llaman valores democráticos, pero que puede ser catalogado en forma más apropiada como ‘respeto a los derechos de las minorías’. Como uno podría esperar, aquellos que privilegiaban las libertades por sobre el orden, y que eran más tolerantes con los derechos políticos de las minorías, fueron más propensos a mostrar apoyo difuso a la Corte Suprema que aquellos que no lo hicieron.⁶⁶

C. Apoyo Específico Tornando a Apoyo Difuso

A pesar del progreso de Caldeira y Gibson, el problema acuciante de su análisis fue la permeable frontera entre el apoyo difuso y el específico. Dado que, como Caldeira reconoce, el producto de los tribunales es poco visible,⁶⁷ es posible que no saber lo que éstos hacen implique amarlos. De hecho, varios académicos –incluyendo a Caldeira- han

62. *Id.* pág. 639-41 (en donde los autores analizan la manera en que midieron el apoyo difuso de acuerdo a una serie de puntos relacionados con la voluntad para aceptar cambios estructurales fundamentales en la institución).

63. *Id.* pág. 642 (“Medimos el apoyo específico preguntando a los encuestados si en sus decisiones la Corte Suprema es ‘demasiado liberal, demasiado conservadora o si está en una posición adecuada.’”)

64. *Id.* pág. 658: “[E]l público masivo no parece condicionar su lealtad básica a la Corte como institución a la satisfacción de demandas de políticas públicas particulares o de posiciones ideológicas... El apoyo difuso a la Corte Suprema entre el público masivo está, más bien, asociado con aspectos básicos de los individuos como sus valores políticos... El apoyo difuso consiste en realidad en una reserva de buena voluntad y compromiso entre el público masivo”.

65. *Id.* pág. 651.

66. *Id.* pág. 653.

67. Caldeira, *Courts and Public Opinion*, *supra* nota 58, pág. 303 (“Esta falta de conocimiento popular [que más gente pudiera identificar al Juez Wapner que al Presidente de la Corte] ilustra sobre una de las facetas del lugar ambivalente que tanto la Corte Suprema como otros tribunales tienen a los ojos del público norteamericano: la falta de visibilidad salvo en unas pocas situaciones.”); véase también PERETTI, *supra* nota 32, pág. 167 (“Claramente, la Corte Suprema carece de visibilidad para la mayoría de los norteamericanos. Sus miembros resultan poco familiares para el público y, lo que es especialmente relevante, ‘muchas... decisiones de la Corte Suprema pasan virtualmente desapercibidas para la mayoría de los norteamericanos.’”).

afirmado precisamente esto: que el apoyo difuso a los tribunales es más alto cuanto menos gente conozca lo que éstos hacen.⁶⁸

Tanto en el trabajo de Caldeira y Gibson como en las numerosas investigaciones que siguieron sus pasos existe considerable evidencia en cuanto a que la frontera entre el apoyo específico y el difuso es traspasada en situaciones importantes.⁶⁹ Llegar a entender cuándo es esto así, y con relación a qué grupos, es de gran importancia para las perspectivas normativas sobre el control judicial. Si el apoyo difuso es nada más que una falsa representación, entonces la luz podría juntar a los dos. Pero si el apoyo difuso permanece aún cuando el público toma conocimiento del trabajo de los tribunales, entonces nos encontramos en un terreno normativo completamente distinto.

Una cuestión reveladora consiste en las visiones divergentes entre los que podrían denominarse “líderes de opinión” o elites y el resto del público. Caldeira y Gibson descubrieron en su primer análisis que para muchos de los que ellos llamaron “líderes de opinión”, “el apoyo *difuso* operaba como si fuera apoyo *específico*.”⁷⁰ En otras palabras, “para muchos de los líderes de opinión el apoyo al Máximo Tribunal depende de la existencia de políticas judiciales satisfactorias.”⁷¹ La definición que Caldeira y Gibson emplearon de “líder de opinión” es débil –básicamente es auto-definida–,⁷² pero otras investigaciones han demostrado lo mismo. Numerosas investigaciones sugieren que entre las elites, los individuos políticamente activos o como quiera que uno los llame, “el apoyo a la Corte... (está) además muy estrechamente correlacionado con su aprobación a las decisiones específicas de la Corte.”⁷³

Tal vez la evidencia más significativa de que conocer a la Corte es evaluarla de modo realista se encuentre en el proyecto de Charles Franklin y Liane Kosaki sobre el conocimiento

68. PERETTI, *supra* nota 32, pág. 181-82 (“La lección es simplemente que si la Corte dictara en forma persistente decisiones que estuvieran de modo patente y sustancial fuera de línea con la opinión pública y los líderes políticos dominantes, la Corte puede ser -y será- disciplinada.” Sin embargo, “dada la falta de atención del público, las divisiones y ambigüedades en la opinión de la gente y de la elite, y la fragmentación estructural, la Corte disfruta de un espacio considerable para maniobrar en sus aventuras de diseño de políticas.”); Caldeira, *Courts and Public Opinion*, *supra* nota 58, pág. 325-326: “Mientras los jueces mantengan un perfil bajo y las políticas públicas satisfagan las expectativas, los valores políticos básicos darán forma a las actitudes hacia la Corte Suprema. Pero en algún momento la Corte Suprema defrauda esas expectativas, genera controversia y se convierte en un blanco visible. Algunos miembros del público llegarán a ver una disparidad entre las expectativas y el desempeño. El apoyo difuso en consecuencia se debilitará, y las opiniones sobre la Corte reflejarán en forma más directa las opiniones sobre las cuestiones de política pública. De ese modo, las actitudes básicas hacia la Corte jugarán un papel menor en la conformación de las opiniones actuales.”

69. Véase *infra* notas 70-81 y texto adjunto. Como el Presidente de la Corte Taft una vez confió a su hermano: “según yo veo la historia de la Corte, casi todos los años se decide algo que atrae a un grupo, facción o parte del país en contra de la Corte, pero esto se ve generalmente neutralizado por otra decisión en el futuro cercano en favor de esa facción o en contra de alguna otra”. Carta de William Howard Taft a Horace Taft (Mayo 7, 1922), (disponible en THE PAPERS OF WILLIAM HOWARD TAFT, Biblioteca del Congreso), citado en Walter F. Murphy & Joseph Tannenhau, *Publicity Public Opinion, and the Court*, 84 NW. U. L. REV. 985, 993 (1990).

70. Caldeira & Gibson, *supra* nota 61, pág. 656.

71. *Id.* pág. 656.

72. *Id.* pág. 655.

73. David Adamany & Joel B. Grossman, *Support for the Supreme Court as a National Policy Maker*, 5 L. & POL’Y Q. 405, 408 (1983).

que los ciudadanos tienen sobre la Corte Suprema.⁷⁴ En la conclusión de su trabajo, Franklin y Kosaki correlacionaron la actitud de la gente hacia la Corte Suprema con dos factores: su nivel de conservadurismo y su información sobre lo que la Corte realmente estaba haciendo. La información era de 1989, una época en la cual los individuos que conocían el trabajo de la Corte de Rehnquist la catalogaban como crecientemente conservadora. Lo que Franklin y Kosaki descubrieron fue sorprendente. Los liberales no informados evaluaron a la Corte más favorablemente que los conservadores no informados, mientras que a medida que la información sobre la Corte aumentaba, las respuestas se acercaban más ajustadamente a la verdadera posición política de la Corte. Así, los conservadores no informados evaluaron a la Corte por debajo de 50 en un “termómetro de sentimientos”, mientras que los liberales no informados la evaluaron apenas por encima de ese número. Sin embargo, entre los individuos más completamente informados, los conservadores evaluaron a la Corte muy por encima de 75, mientras que los liberales lo hicieron por debajo de 50.⁷⁵ Dependiendo de lo que ella esté haciendo, conocer a la Corte podría bien significar amarla u odiarla. El apoyo difuso podría evaporarse.

Del mismo modo, existe evidencia de que es más probable que el apoyo específico se fusione con el apoyo difuso cuando a los miembros del público les interesa lo que la Corte hace. Caldeira y Gibson advirtieron que las posiciones sobre el derecho al aborto tendían a corresponderse con el apoyo difuso, sugiriendo que ésta es una cuestión muy sensible que eventualmente podría afectar el apoyo difuso a la Corte.⁷⁶ Adamany y Grossman también encontraron esto: que los activistas políticos liberales que se suponía eran menos propensos a defender a la Corte la respaldaban, probablemente debido al apoyo que en esa época el tribunal prestaba al derecho al aborto.⁷⁷ Valerie Hoekstra llevó a cabo una investigación cuya hipótesis era que los individuos que más probablemente podían ser conscientes de -o verse influenciados por- las decisiones de la Corte tendrían opiniones más fuertes sobre ella.⁷⁸ Hoekstra testeó su hipótesis midiendo la reacción popular hacia la Corte en áreas geográficas que dieron lugar a controversias que llegaron al tribunal, y luego evaluó el nivel de conciencia hacia la Corte y la respuesta a sus decisiones a medida que uno se iba alejando de esas áreas. Aunque ella no intentaba calcular el apoyo difuso, sus resultados mostraron que la proximidad geográfica aumentaba la conciencia, y que aquellos que conocían lo que la Corte estaba haciendo tendían a cambiar sus opiniones respecto del tribunal sobre esta base.⁷⁹

74. Charles H. Franklin & Liane C. Kosaki, *Media, Knowledge, and Public Evaluations of the Supreme Court*, en CONTEMPLATING COURTS 352-75 (Lee Epstein ed., 1995).

75. *Id.* pág. 371 (“Entre el cuarto de la población que es menos probable que conozca las decisiones de la Corte, los liberales son más favorables a ella, mientras que los conservadores tienden a desaprobador su trabajo... A medida que subimos en los niveles de conocimiento sobre la Corte, este patrón se revierte.”)

76. Caldeira & Gibson, *supra* nota 61, pág. 644 (“[A]quellos que permitirían que las mujeres se practiquen un aborto bajo cualquier circunstancia... muestran un apoyo significativamente mayor a la Corte Suprema.”)

77. Adamany y Grossman, *supra* nota 73, pág. 423-24: “La opinión sobre el aborto se ha transformado gradualmente en apoyo a la Corte. En 1969, antes de la decisión de la Corte Suprema, el aborto durante el primer trimestre de embarazo era resistido por un margen del 50% al 40%... Investigaciones posteriores evidenciaron la conformación de una mayoría en aumento a favor del derecho de la mujer a practicarse un aborto, por lo menos bajo ciertas circunstancias”.

78. Valerie J. Hoekstra, *The Supreme Court and Local Public Opinion*, 94 AM. POL. SCI. REV. 89, 97-100 (2000).

79. *Id.* pág. 97 (“Además de la proximidad geográfica, la conciencia se ve afectada por la educación, el género, la atención a los medios y la frecuencia de las discusiones políticas... Asimismo, existe evidencia de que la satisfacción con esas decisiones influencia las siguientes evaluaciones de la Corte.”)

Una de las más continuas muestras de evidencia que sugiere que las opiniones que uno tiene sobre las sentencias influyen el apoyo real a la institución, es la prolongada y significativa divergencia entre los grupos raciales respecto a su reacción hacia la Corte. Desde su primer análisis, Caldeira y Gibson han documentado una significativa disparidad, manifestada en el hecho de que los afroamericanos apoyaban menos a la Corte que los no afroamericanos.⁸⁰ En algún sentido, ésta parecía ser una discrepancia en el apoyo difuso, pero al ser analizada la cuestión era más compleja. En el estudio se probó que existe una división generacional en la opinión de los afroamericanos. El contacto con el trabajo de la Corte Warren tuvo un efecto profundo y duradero en el apoyo a la Corte de cualquier afroamericano. Los individuos que tuvieron este contacto tendían a apoyar más a la Corte que aquellos cuya conciencia o conocimiento sobre este tribunal se había adquirido antes o después de esa era.⁸¹ En otras palabras, parece que las opiniones sobre el control judicial fueron moldeadas en respuesta a eventos específicos, pero que esas opiniones persistieron por un largo período de tiempo.

Tomada en conjunto, esta evidencia sugiere que necesitamos conocer algo acerca de cómo el público es informado sobre el trabajo de la Corte Suprema y cuán inflexibles son las actitudes sobre la Corte una vez que éstas se han formado. Si las actitudes están arraigadas y la visibilidad es baja, entonces el apoyo difuso podría no ser otra cosa que un concepto que oculta estos elementos, aunque un concepto persistente. Que esto sea relevante desde el punto de vista normativo dependerá, entonces, de si la visibilidad puede ser aumentada.

D. Información y la Corte

Los académicos están de acuerdo en su evaluación de que la visibilidad del trabajo de los tribunales es baja. Como Caldeira señala: “[L]a Corte Suprema y otros tribunales [...] carecen de visibilidad, salvo en unas pocas situaciones.”⁸² Obviamente, esto es menos cierto respecto de la Corte Suprema, pero aún aquí la mayoría de las decisiones judiciales atrae muy poca atención pública.

El público no está tan ajeno a la Corte Suprema como a veces estamos inclinados a creer.⁸³ Durante un tiempo estuvo de moda señalar que una cantidad mayor de norteamericanos podía identificar al Juez Wapner, de la “Corte del Pueblo”, que al Presidente

80. Caldeira & Gibson, *supra* nota 61, pág. 640 (“[Los] afroamericanos muestran un nivel de apoyo a la Corte sustantivamente menor al que muestran los blancos.”); James L. Gibson et al., *The Supreme Court and the U.S. Presidential Election of 2000: Wounds, Self-Inflicted or Otherwise?*, 33 BRIT. J. POL. SCI. 535, 543 (2003) [en adelante Gibson et al., *The Supreme Court and the U.S. Presidential Election of 2000: Wounds, Self-Inflicted or Otherwise?*] (“Los afroamericanos están considerablemente menos dispuestos que los blancos a mostrar lealtad a la Corte.”); James L. Gibson & Gregory A. Caldeira, *Blacks and the United States Supreme Court: Models of Diffuse Support*, 54 J. POL., 1120, 1140 (1992) (“[Los] afroamericanos tienen en general actitudes bastante positivas hacia la Corte, pero decididamente menos que los blancos.”).

81. Caldeira & Gibson, *supra* nota 61, pág. 640 n.7 (“Una porción significativa del persistente apoyo a la Corte entre los afroamericanos la explicamos como un residuo del efecto positivo creado durante la Corte Warren.”)

82. Caldeira, *Courts and Public Opinion*, *supra* nota 58, pág. 303.

83. James L. Gibson et al., *Public Knowledge of the United States Supreme Court* (trabajo no publicado, en archivo del autor) [de aquí en adelante, Gibson et al., *Public Knowledge of the United States Supreme Court*.]

de la Corte Suprema, William Rehnquist.⁸⁴ Sin embargo, Caldeira, Gibson y Spence midieron el conocimiento popular sobre la Corte y descubrieron que los norteamericanos saben más de lo que generalmente se cree. La mayoría sabía que la Corte contaba entre sus miembros con una mujer y un afroamericano, y la mayoría podía identificarlos de una lista. Ellos también conocían algunos datos básicos, como el modo en que los jueces de la Corte son elegidos. Tal vez lo más curioso (y revelador) para estos fines sea que los autores marcaron como respuesta correcta –y la mayoría de la gente acertó– que la Corte Suprema tiene la última palabra en cuanto al significado de la Constitución.⁸⁵

Lo que la gente sabe se basa obviamente en el modo en que obtienen la información. La gente llega a conocer las decisiones de la Corte Suprema de la misma manera en que conoce la mayoría de las cosas: tanto a partir de los medios como de las declaraciones de los líderes de opinión.⁸⁶ Este punto simple pero evidente explica esta cuestión. El Juez Wapner pasa mucho más tiempo en televisión y en los medios que el Presidente de la Corte Suprema Rehnquist. Si la Corte Suprema abriera sus puertas a las cámaras, el reconocimiento de Rehnquist en los hogares probablemente subiría varios puntos.

¿Cuán visibles son las decisiones de la Corte Suprema? ¿En qué medida conoce la gente las decisiones de la Corte, y qué hace falta para educarla?⁸⁷ Franklin y Kosaki procuraron determinar cuánta atención mediática es necesaria para capturar la atención pública sobre las decisiones de la Corte Suprema. Los autores eligieron un área limitada – St. Louis– y midieron el nivel de cobertura que la Corte recibió y el conocimiento del público en distintos momentos. El período de tiempo estudiado fue 1989, un año en el que la Corte dictó 144 decisiones, de las cuales sólo un cuarto recibió algún tipo de cobertura, y sólo un poco más del diez por ciento (dieciséis casos) tuvo cobertura en las tres estaciones de televisión principales.⁸⁸

84. Véase *supra* nota 67; véase también LEE EPSTEIN & JACK KNIGHT, *THE CHOICES JUSTICES MAKE* 39 (1998); *The Washington 100*, NAT'L J., Junio 14, 1997, pág. 1169 (en donde se analizan los resultados de una encuesta que demuestra que varios funcionarios de baja jerarquía fueron incluidos dentro de las 100 personas más importantes de Washington, mientras que el Presidente de la Corte Suprema no fue incluido); WASH. POST (Edición Semanal), Junio 26-Julio 2, 1989.

85. Gibson et al., *Public Knowledge of the United States Supreme Court*, *supra* nota 83, pág. 1: ("Aproximadamente el 80% de los encuestados respondió correctamente que al menos uno de los jueces de la Corte era afroamericano y que al menos uno era mujer; más del 60% dijo que la Corte Suprema tenía la 'última palabra' sobre la Constitución.")

86. Benjamin I. Page et al., *What Moves Public Opinion?*, 81 AM. POL. SCI. REV. 23 (1987) (en donde los autores encontraron que la opinión pública se ve muy influenciada por los comentarios de la televisión, seguidos por las opiniones del Presidente, las que son vistas positiva o negativamente según como sea que el público vea al Presidente); véase también JERRY W. SANDERS, *PEDDLERS OF CRISIS: THE COMMITTEE ON THE PRESENT DANGER AND THE POLITICS OF CONTAINMENT* (1983) (analizando el impacto de los "expertos" en la opinión pública como algo diferente a los comentarios de los medios).

87. Estas son cuestiones que Charles Franklin y Liane Kosaki se proponen responder en su excelente investigación, *Media, Knowledge, and Public Evaluations of the Supreme Court*. Franklin & Kosaki, *supra* nota 74. Puede encontrarse más evidencia, generalmente favorable, en Hoekstra, *supra* nota 78.

88. Una circunstancia poco afortunada de la investigación de Franklin & Kosaki es que ellos no midieron la cobertura periodística local, en especial porque uno de sus casos –*Webster*– contenía una historia local. Franklin & Kosaki, *supra* nota 74, pág. 355-56 ("Para la cobertura periodística, recopilamos todas las notas de los periódicos locales... y las cadenas de noticias nacionales de televisión. No recopilamos información de notas de la televisión local.") La investigación de Hoekstra demuestra que los noticieros locales cubren más los casos locales, aumentando la conciencia sobre –y la reacción popular hacia– la Corte. Véase Hoekstra, *supra* nota 78, pág. 99-100.

Lo que en seguida aparece como revelador del estudio de Franklin y Kosaki es la baja cantidad de decisiones de la Corte Suprema que es probable que llegue de alguna manera a la atención pública.⁸⁹ Los autores evaluaron la atención pública de cinco casos dictados al final del período de la Corte. Esos cinco casos eran *Webster v. Reproductive Health Services*,⁹⁰ un caso de aborto en el que la Corte podría haber dejado sin efecto o restringido significativamente *Roe v. Wade*;⁹¹ la decisión sobre la quema de la bandera, *Texas v. Johnson*;⁹² un caso trascendente en materia de acciones afirmativas, *Martin v. Wilks*;⁹³ la decisión sobre el sistema de llamadas pornográficas (dial-porn), *Sable Communications v. FCC*,⁹⁴ y el caso sobre la pena de muerte a menores de edad, *Stanford v. Kentucky*.⁹⁵ Los autores midieron la cobertura de los medios respecto de estos casos, y entrevistaron a los encuestados sobre el conocimiento de las decisiones. A partir de esta información los autores estimaron entonces un modelo sobre el conocimiento probable del público de las decisiones de la Corte Suprema.⁹⁶

El modelo que Franklin y Kosaki derivaron de sus entrevistas sugiere que es probable que sólo una pequeña fracción de las decisiones de la Corte Suprema llegue al conocimiento del público. De acuerdo con su modelo de conciencia pública, sólo era probable que *Webster* y *Texas v. Johnson* fueran recordadas por los encuestados.⁹⁷ Por otro lado, estas dos decisiones tenían muy altas probabilidades de ser conocidas.⁹⁸

Dos características diferentes explican el nivel de conciencia respecto a los casos: la atención pública hacia ellos y las características de los individuos que podrían estar siguiendo la información pública o el debate.⁹⁹ No es sólo la cobertura mediática lo que importa. Existen ciertos grupos de personas –por ejemplo, aquellos interesados en la política o los lectores de diarios- que es más probable que tengan más información. Y

89. Franklin & Kosaki, *supra* nota 74, pág. 357-58: “[C]onsideren la probabilidad de que un ciudadano promedio viva una semana sin mirar ninguna nota sobre cada una de las ramas del gobierno. En lo que respecta a las noticias sobre el Presidente y el Congreso, la probabilidad de no ver una nota en una semana es del 1%. En lo que respecta a las noticias sobre la Corte, la probabilidad de no ver una nota es del 39%. Dicho simplemente, los ciudadanos tienen virtualmente garantizada la posibilidad de ver notas sobre el Presidente y el Congreso. Pero es mucho más probable que un ciudadano pierda las pocas notas que aparecen sobre la Corte”.

90. 492 U.S. 490 (1999).

91. 410 U.S. 113 (1973).

92. 491 U.S. 397 (1989).

93. 490 U.S. 755 (1989).

94. 492 U.S. 115 (1989).

95. 492 U.S. 361 (1999).

96. Franklin & Kosaki, *supra* nota 74, pág. 355.

97. *Id.* pág. 358 (“Los casos sobre el aborto y la quema de banderas recibieron la más alta cobertura periodística, de tres a siete veces más que los otros tres casos. Los otros tres casos menos visibles recibieron poca cobertura, haciendo mucho más probable que los ciudadanos ni se enteraran de estas decisiones.”)

98. *Id.* pág. 366 (“Los casos sobre el aborto y la quema de banderas demuestran que es posible que enormes proporciones del público estén al tanto de las decisiones de la Corte... La probabilidad media para el caso de la quema de banderas es de 0.75, mientras que para el caso del aborto es de 0.88... Esto demuestra que cuando un caso se vuelve altamente visible, como los casos sobre el aborto y la quema de banderas, la atención pública puede llegar a ser muy alta.”) “Probablemente” se refiere al hecho de que los autores midieron la cobertura y el conocimiento real de los encuestados, y luego estimaron la atención del público con relación a su ubicación geográfica.

99. *Id.* pág. 361.

algunos casos son de mayor interés para ciertas personas, como las decisiones sobre el aborto para las mujeres.¹⁰⁰

Incluso respecto a la cobertura pública existen diferentes patrones, como lo evidenciaron las controversias sobre el aborto y la quema de la bandera. El caso del aborto fue cubierto inmediatamente en una fuerte explosión del nivel de cobertura que potenció fuertemente la probabilidad de conocimiento público. La decisión sobre la quema de la bandera, por otro lado, permaneció relativamente en un letargo hasta que el presidente Bush [George H., padre de George W. Bush. *N. de T.*] comenzó a convertirla en una cuestión importante una semana después, momento en el cual la cobertura y la probabilidad de conocimiento se dispararon.¹⁰¹

El estudio de Franklin y Kosaki nos lleva a concluir que puede esperarse que sólo una pequeña fracción del trabajo de la Corte Suprema sea visible para el público, si es que otras influencias que mantienen las decisiones bajo la luz pública están ausentes. Sólo un pequeño número de casos atrae la clase de atención de los medios que es necesaria para que se inserten en la atención pública. Es importante entender, sin embargo, que los funcionarios públicos pueden atraer la atención de los medios sobre las sentencias, aumentando con ello su visibilidad.

E. La Naturaleza y la Persistencia de la Reacción Pública

No sólo importa lo que el público conoce sobre la Corte, sino también el modo en que la información afecta la opinión pública sobre el control judicial en general. Se ha probado que la respuesta a esta cuestión es extremadamente difícil. Existen básicamente dos ejes que requieren análisis. Primero, ¿cómo afecta la información a la opinión pública? Segundo, ¿cuán duraderas son las opiniones que se forman de esa manera?

Uno podría razonablemente asumir que las decisiones de la Corte Suprema generan seguidores y oponentes, y esto es lo que parece ocurrir generalmente. El efecto de la “Corte Warren” entre los afroamericanos es un buen ejemplo de que la reacción positiva puede generar un apoyo prolongado a la Corte Suprema.¹⁰² Las investigaciones documentan que, del mismo modo, la reacción negativa a las decisiones disminuye la confianza en la Corte Suprema.¹⁰³

En cierta manera, sin embargo, la reacción a las decisiones de la Corte Suprema es asimétrica. Pero no es del todo claro el modo exacto en que esto se produce. Mientras que

100. *Id.* pág. 366 (“La conclusión más importante es que existe una diferencia sustancial en el conocimiento de las decisiones de la Corte Suprema, tanto entre caso y caso como entre los individuos.”); Véase Adamany & Grossman, *supra* nota 73, pág. 423 (“En la década de 1970, tanto los afroamericanos como los blancos respondían a las encuestas diciendo que estaban de acuerdo con la desegregación, pero el remedio judicial altamente visible del transporte escolar era resistido por el 82% de los blancos y también por el 33% de los afroamericanos.”); conf. Caldeira & Gibson, *supra* nota 61, pág. 645 (en donde los autores demuestran que la misma diferencia existe en los casos de segregación racial residencial y de legalización de la marihuana).

101. Franklin & Kosaki, *supra* nota 74, pág. 360.

102. Caldeira & Gibson, *supra* nota 61, pág. 640; Gibson & Caldeira, *supra* nota 80, pág. 1134-35.

103. Anke Grosskopf & Jeffery J. Mondak, *Do Attitudes Toward Specific Supreme Court Decisions Matter? The Impact of Webster and Texas v. Johnson on Public Confidence in the Supreme Court*, 51 POL. RES. Q., 633 (1998) (en donde los autores demuestran que el desacuerdo con una o ambas de las sentencias en los casos Webster y Texas v. Johnson redujo sustancialmente la confianza en la Corte); Hoekstra, *supra* nota 78, pág. 97 (demostrando que la satisfacción o insatisfacción con las decisiones tomadas por la Corte influencia las siguientes evaluaciones de este tribunal.)

algunos estudios revelan que la reacción negativa es más intensa o más duradera que la positiva,¹⁰⁴ otros sugieren lo contrario.¹⁰⁵ La cuestión es si estos resultados aparentemente en conflicto pueden ser reconciliados.

Parece bastante claro que las decisiones de la Corte Suprema pueden polarizar a la opinión pública, y que la reacción más importante podría en realidad ser el refuerzo de las posiciones o incluso una reacción violenta. Franklin y Kosaki realizaron otro estudio para intentar determinar si las decisiones de la Corte Suprema pueden inclinar a la opinión pública en la dirección sustantiva de las decisiones del tribunal.¹⁰⁶ Los autores evaluaron lo que para muchos analistas legales es la función “educativa” de la Corte Suprema, esto es, la capacidad de la Corte para influenciar a la opinión pública de una manera positiva sobre los fundamentos de las decisiones. Lo que descubrieron fue más bien lo contrario. Estudiando el impacto de una decisión sobre el aborto, Franklin y Kosaki encontraron que la decisión tendía a fortalecer los sentimientos en contra del aborto, especialmente entre los individuos que más probablemente formarían parte de grupos que compartían una posición contraria.¹⁰⁷ De hecho, ellos encontraron evidencia para apoyar su especulación de que lo que ocurre es que los miembros de esos grupos refuerzan mutuamente sus opiniones, haciéndolas más firmes que las de aquellos sin influencia de grupo.^{108*} Esta evidencia de polarización concuerda con la bien elaborada tesis de Michael Klarman sobre la “reacción violenta” a las decisiones de la Corte Suprema, esto es, que el impacto más significativo de las sentencias es alentar a las fuerzas que se oponen al tribunal debido a los fundamentos de las decisiones.¹⁰⁹

104. Véase *infra* notas 110-119.

105. Véase *infra* notas 110-119.

106. Charles H. Franklin & Liane C. Kosaki, *Republican Schoolmaster: The U.S. Supreme Court, Public Opinion, and Abortion*, 83 AM. POL. SCI. REV., 751, 763-69 (1989).

107. *Id.* pág. 759 (“Los individuos que no son blancos y los católicos se volvieron más sustancialmente en contra del aborto sin restricciones como consecuencia de *Roe*.”); see *id.* pág. 767: “si el público favorece en forma homogénea la posición de la Corte antes de la decisión, el apoyo surgirá de todos los grupos. Del mismo modo, si la gente estaba antes uniformemente en desacuerdo con la posición de la Corte, el apoyo disminuirá posteriormente. En ambos casos, el mecanismo es el mismo: los individuos se mueven en la dirección de su (homogeneo) contexto social.”

108. *Id.* pág. 765 (demostrando que la interacción entre individuos religiosos practicantes refuerza mutuamente las posiciones de cada uno, y que por ello “los católicos más practicantes estaban más fuertemente opuestos a los abortos por razones de salud que los católicos menos practicantes”).

* *N. de la T.*: el tema de la polarización de grupos y los posibles defectos de la deliberación en ciertos supuestos es analizado en el artículo de Cass Sunstein –“El Derecho de la Polarización de Grupos”- que se publica en este número.

109. Véase Michael J. Klarman, *Brown, Racial Change, and the Civil Rights Movement*, 80 VA. L. REV. 7, 85-129 (1994) (describiendo la tesis de la reacción violenta causada por *Brown*); véase también Michael J. Klarman, *How Great Were the “Great” Marshall Court Decisions?*, 87 VA. L. REV. 1111, 1182 (2001): “Las decisiones de la Corte Suprema a menudo producen reacciones violentas de efectos impredecibles. De la misma manera que *Brown* movilizó a los blancos sureños a resistir más cambios en el status quo racial, y *Roe v. Wade* inspiró a los pro-vida a organizarse políticamente en contra del aborto, *McCulloch v. Maryland* bien podría haber movilizó la corriente de oposición a los principios nacionalistas de la Corte de Marshall basada en los derechos de los estados. Michael J. Klarman, *The Racial Origins of Modern Criminal Procedure*, 99 MICH. L. REV. 48, 96 (2000): [D]ecisiones como *Powell v. Alabama* produjeron notables reacciones violentas en la opinión blanca sureña. Cuanto más intervenía la Corte Suprema a favor de los Scottsboro Boys, los blancos de Alabama parecían más determinados a ejecutarlos. Del mismo modo, la Corte Suprema de Mississippi claramente retrocedió en *Brown v. Mississippi*, rehusándose a revertir una condena basada en una confesión forzada que casi seguramente hubiera sido excluida una década antes”.

Por supuesto, las opiniones sobre los fundamentos de las decisiones no son equivalentes a las opiniones respecto de la Corte Suprema. Es perfectamente posible estar en desacuerdo con la Corte Suprema en uno o más casos y sin embargo mantener el respaldo a la institución del control judicial. Esto es, después de todo, de lo que trata la tesis del apoyo difuso.

Sin embargo, existe también cierta evidencia que sugiere que la reacción negativa a una decisión influye de mayor modo las opiniones sobre la Corte Suprema que una reacción positiva. Estudios muy diferentes realizados por Durr, Martin y Wolbrecht,¹¹⁰ y por Grosskopf y Mondak,¹¹¹ ofrecen alguna evidencia en cuanto a que los individuos cuyas opiniones ideológicas se apartan de las de la Corte –tanto respecto de una variedad de decisiones en el caso del primer estudio, o en reacción a decisiones específicas en el segundo– convierten esos sentimientos de un modo más intenso en una reacción contra la Corte en general que aquellos cuyas respuestas son positivas.¹¹²

Por otro lado, Caldeira y Gibson se refieren reiteradamente a un sesgo “positivo” en las reacciones sobre la Corte Suprema.¹¹³ Con esto los autores expresan todo lo contrario, esto es, que la reacción positiva hacia la Corte Suprema importa más que la reacción negativa. Un ejemplo de esto, nuevamente, es el prolongado sentimiento positivo que los afroamericanos, influenciados por la “Corte Warren”, mantienen hacia la Corte, una actitud que persistió a pesar de fuerte evidencia posterior que demuestra que la Corte no fue particularmente amigable hacia los afroamericanos.¹¹⁴

Si existe una solución a estas posiciones divergentes, probablemente ella tenga que ver con el lapso de tiempo durante el cual la reacción pública hacia la Corte Suprema es medida. La investigación de Durr, Martin y Wolbrecht sugiere que los sentimientos negativos

110. Robert H. Durr et al., *Ideological Divergence and Public Support for the Supreme Court*, 44 AM. J. POL. SCI. 768 (2000).

111. Grosskopf & Mondak, *supra* nota 103.

112. Durr et al., *supra* nota 110, pág. 774 (explicando que la “extrema divergencia entre las posiciones ideológicas de la Corte Suprema y del público, mantenida a lo largo del tiempo, provoca una erosión en el apoyo a la Corte casi equivalente al menor nivel de apoyo jamás observado, con las posibles consecuencias para la legitimidad de la institución”). Grosskopf y Mondak, *supra* nota 103, pág. 652, argumentan que “los encuestados que estaban de acuerdo con las decisiones sobre el aborto y la quema de banderas le dieron a la Corte un crédito mínimo, pero la gente que estaba en desacuerdo con una o con las dos decisiones reaccionaron más fuertemente en contra de la Corte como respuesta”. La respuesta favorable a las decisiones de la Corte probablemente sea en sí misma insuficiente para contrarrestar el daño inflingido por una cantidad demasiado alta de decisiones impopulares de alta repercusión.

113. Véase James L. Gibson et al., *On the Legitimacy of National High Courts*, 92 AM. POL. SCI. REV. 343, 352 (1998) [de aquí en adelante Gibson et al., *On the Legitimacy of National High Courts*] (“Podemos concluir que el nivel de conciencia está correlacionado con el apoyo difuso, pero está generalmente mediado por el efecto de la aprobación... Al tomar conocimiento de las políticas públicas diseñadas por la Corte, la gente tiende a verse satisfecha con esos resultados. Esto le da apoyo a la hipótesis del sesgo positivo, que es bien conocida en la literatura de psicología política.”); Gibson et al., *The Supreme Court and the U.S. Presidential Election of 2000: Wounds, Self-Inflicted or Otherwise?*, *supra* nota 80: “La decisión de la Corte Suprema en *Bush v. Gore* no tuvo un impacto debilitante de la legitimidad de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Tal vez porque la Corte gozaba de una reserva muy importante de buena voluntad, la mayoría de los norteamericanos estaban predispuestos a considerar como apropiada la intervención de la Corte, y en consecuencia la insatisfacción con el resultado no contaminó las actitudes hacia la institución”.

114. Caldeira & Gibson, *supra* nota 61, pág. 645 (explicando la actitud positiva entre los afroamericanos que experimentaron la era de la Corte Warren); véase también Gibson & Caldeira, *supra* nota 80, págs. 1134-35.

tienen una vida bastante corta.¹¹⁵ El trabajo, que intenta determinar el modo en que las divergencias ideológicas afectarán el apoyo público a la Corte en el largo plazo, concluye que la reacción negativa probablemente no tenga un efecto significativo en ausencia de una serie de decisiones de la Corte que durante un período de tiempo sostenido se aparte del sentimiento popular.¹¹⁶ El período del New Deal viene inmediatamente a la mente. De modo semejante, es importante distinguir qué clase de reacción pública está siendo examinada. Grosskopf y Mondak intentaban evaluar la “confianza” en la Corte,¹¹⁷ lo que en realidad es más una medida de apoyo específico que de apoyo difuso.¹¹⁸ Por otro lado, Caldeira, Gibson y sus colegas en la investigación han examinado, de modo consistente, si el público apoyaría un cambio fundamental respecto de la Corte, lo que representa la mejor manera de medir el apoyo difuso.¹¹⁹

En conclusión, lo que parece ocurrir es que, a lo largo del tiempo, la Corte construye de alguna manera una reserva de apoyo difuso, que no es fácilmente eliminada por una reacción negativa respecto a decisiones individuales.¹²⁰ No es enteramente claro, sin embargo, cómo funciona esto. Existe otro estudio de Caldeira y Gibson (esta vez junto con Baird) que intenta responder esta pregunta estudiando la reacción pública respecto a las cortes supremas de varios países.¹²¹ Esta es la manera inteligente que ellos encontraron para suplir la ausencia de información longitudinal (información empírica a lo largo del tiempo) sobre la Corte Suprema. La información recopilada en la investigación sobre las cortes supremas de distintos países es difícil de interpretar, como también lo son las especulaciones que formulan los autores sobre la información y que corren en varios sentidos.¹²² Sin embargo, intentando ver a través de la bruma, la información sugiere la posibilidad de que las cortes supremas de distintos países hagan amigos y enemigos con sus decisiones; que a lo largo del tiempo ellas construyan una reserva de amigos cuyos

115. Durr et al. demuestran que el apoyo “agregado a la Corte obedece a evaluaciones públicas de la conducta de la Corte, pero que por varias razones el impacto de los shocks transitorios tiene una relativamente corta duración.” Durr et al., *supra* nota 110, pág. 774. “En dos años el sistema recobra su equilibrio.” *Id.*

116. *Id.* pág. 774.

117. See Grosskopf & Mondak, *supra* nota 103, pág. 641 (los autores utilizaron para ello la siguiente pregunta: “¿usted diría que siente una gran confianza, alguna confianza o prácticamente ninguna confianza en la gente encargada del funcionamiento de la Corte Suprema?”).

118. James L. Gibson, Gregory A. Caldeira, & Lester Kenyatta Spence, *Measuring Attitudes Toward the United States Supreme Court*, 47 AM. J. POL. SCI. 354, 355 (2003) (descubriendo que la “confianza” es más una medida de “satisfacción o insatisfacción temporaria con el desempeño de la Corte que una lealtad duradera hacia la institución en sí misma.”)

119. *Id.* pág. 361-63 (en donde los autores analizan alternativas superiores para medir la “legitimidad” de la Corte Suprema, incluyendo la lealtad -expresada por el nivel de disposición favorable a apoyar un cambio fundamental a la institución-).

120. Gibson et al., *On the Legitimacy of National High Courts*, *supra* nota 113, pág. 356 (“La obtención de apoyo es un proceso dinámico... Pareciera que la satisfacción evoluciona lentamente hacia la legitimidad institucional, y el grado de conexión entre el apoyo específico y el difuso depende de la antigüedad de la institución”).

121. Gibson et al., *On the Legitimacy of National High Courts*, *supra* nota 113.

122. *Id.* pág. 348. La investigación también enfrenta problemas conceptuales. En algunos países no es claro cuál es la máxima autoridad judicial. Por ejemplo, la Corte Suprema de Francia no puede realizar un control judicial de constitucionalidad, mientras que el Consejo Constitucional -que no es un tribunal judicial ordinario- practica un control judicial previo de constitucionalidad. Además, los tribunales de distintos países también difieren en la “antigüedad política” y en los poderes formales que poseen.

sentimientos positivos sean persistentes; que esto se convierta en apoyo difuso; y que una gran cantidad de reacciones negativas sea necesaria para desplazar este apoyo fundamental, una vez que estos tribunales han logrado establecerse a sí mismos.¹²³

F. ¿Existe realmente el apoyo difuso? ¡*Bush v. Gore* sugiere que sí!

Todo esto comienza a ofrecer un cuadro no solo coherente sino completo sobre el apoyo público, excepto en lo que parece ser un gran problema respecto de la tesis del apoyo difuso. El problema es que aunque en muchas de sus investigaciones Gibson y Caldeira hayan efectuado las preguntas correctas sobre el apoyo difuso, como por ejemplo si uno apoyaría la restricción a la jurisdicción o la eliminación del control judicial, no sabemos cuán confiables son esas respuestas. Después de todo, éstas no son preguntas respecto de las cuales la gente haya probablemente pensado, y uno podría conjeturar que si tal cambio fundamental estuviera realmente en la agenda, el tema recibiría un nivel enorme de reflexión madura. De hecho, el problema de estudiar el apoyo difuso constituye una metáfora de la propia idea: ¿mantendría la gente sus respuestas después de haber estado sujeta a un intenso debate público sobre la materia? Este problema está determinado por la información sobre la visibilidad de los tribunales. Por lo pronto, si el trabajo de los tribunales no es palmariamente visible será aún menos probable que la gente haya pensado sobre este tema.

Sin embargo, la historia ofreció algo así como un experimento o quizá una mejora en la capacidad de Gibson y Caldeira para realizar encuestas midiendo la tesis del apoyo difuso. Como resulta ya célebre, la elección presidencial de 2000 salió mal en Florida; el conflicto continuó por un largo tiempo; entró y salió de los tribunales; obtuvo muchísima atención; los ciudadanos tuvieron actitudes muy fuertes respecto a la controversia, y ésta fue finalmente resuelta por la Corte Suprema.¹²⁴ Aquí hubo un nivel muy alto de visibilidad, así como una gran cantidad de análisis acerca del rol apropiado del control judicial.

El estudio de Gibson, Caldeira y Spence sobre la opinión pública después de *Bush v. Gore*¹²⁵ provee fuerte evidencia en favor de la hipótesis del apoyo difuso.¹²⁶ Como uno podría haber anticipado, la política partidaria influyó a la hora de opinar sobre la sentencia, no sólo sobre su imparcialidad sino también respecto de si los encuestados creían que

123. *Id.* pág. 355: "En general, los tribunales más antiguos tienden a ser más legítimos y a tener un mayor apoyo específico acumulado, el que más rápidamente se convierte en legitimidad institucional. Gran parte de... esta relación no es lineal;... Específicamente, existe una diferencia significativa en la fuerza de la correlación entre el apoyo específico y la legitimidad que depende de la antigüedad de la institución. Los tribunales pueden fácilmente ser divididos en dos grandes grupos: nueve menores a treinta años y once mayores a treinta. Entre los primeros, la correlación entre el apoyo específico y el difuso es .29; entre los segundos es .72.

124. Las controversiales elecciones de 2000 dispararon una incontable cantidad de respuestas académicas. Véase, por ejemplo, ALAN M. DERSHOWITZ, *SUPREME INJUSTICE: HOW THE HIGH COURT HIJACKED ELECTION 2000* (2001); HOWARD GILLMAN, *THE VOTES THAT COUNTED* (2001); RICHARD POSNER, *BREAKING THE DEADLOCK* (2001); *THE UNFINISHED ELECTION OF 2000* (Jack N. Rakove ed., 2001); Michael J. Klarman, *Bush v. Gore Through the Lens of Constitutional History*, 89 CAL. L. REV. 1721 (2001).

125. 513 U.S. 98 (2000)

126. Gibson et al., *The Supreme Court and the U.S. Presidential Election of 2000: Wounds Self-Inflicted or Otherwise*, *supra* nota 80. Para una reseña de las respuestas más inmediatas a la decisión *Bush v. Gore*, véase Herbert M. Kritzer, *The Impact of Bush v. Gore on Public Perceptions and Knowledge of the Supreme Court*, 85 JUDICATURE 32 (2001).

ésta fue decidida sobre la base de la ley o de las preferencias políticas de los jueces;¹²⁷ el efecto racial siguió apareciendo,¹²⁸ y aquellos que discreparon con la decisión experimentaron sentimientos más fuertes que aquellos que estuvieron de acuerdo.¹²⁹

Sin embargo, a pesar de la tremenda oposición a esta decisión, Gibson *et al* concluyen que el apoyo difuso a la Corte Suprema continúa siendo muy alto.¹³⁰ En términos globales, la decisión *Bush v. Gore* no tuvo absolutamente ningún impacto en los niveles de apoyo difuso. De hecho, en comparación con estudios similares de 1987 y 1995, esos niveles aumentaron. Esto fue así a pesar de que, probablemente debido a la visibilidad de *Bush v. Gore*, el número de los “no sabe” haya descendido (esto se dio aún entre los demócratas).¹³¹

IV. Las Implicancias del Apoyo Público

Este aprendizaje sobre el apoyo público del poder judicial, ¿dónde deja paradas a las teorías normativas sobre el control judicial? Esta es la pregunta importante. La Sección IV.A ofrece algunas reflexiones sobre ella. Pero la Sección IV.B apunta a enfatizar que la opinión pública es, y puede ser, influenciada. En última instancia, la cuestión del modo en que el control judicial puede ser influenciado podría incidir fuertemente en la plausibilidad de las teorías normativas.

A. Normatividad y Apoyo Público

La pregunta sobre el nivel en el cual el apoyo público incide sobre las teorías normativas del control judicial necesita realmente ser respondida en dos etapas. Primero está la cuestión acerca de cómo deberíamos pensar sobre el apoyo público, asumiendo que el trabajo de la Corte Suprema tiene una visibilidad suficiente como para justificar que pensemos sobre algo. Después deberíamos pensar sobre las implicancias que tiene una baja visibilidad.

En la medida en que el público esté suficientemente informado, las implicancias de la hipótesis del apoyo difuso juegan fuertemente a favor de las teorías normativas que se apoyan en la independencia judicial, y en contra de aquellos que critican a la Corte por haberse desviado de los consensos o puntos de vista populares (incluyendo los referidos a la interpretación constitucional). Esto significa que la gente permanece aparentemente satisfecha con la práctica del control judicial, aún si esto implica dejar que los jueces se salgan con la suya, en tanto existan límites a la discreción judicial. Como el modelo de

127. *Id.* pág. 15 (“La identificación partidaria es un fuerte pronosticador de la percepción sobre la justicia de la decisión en *Bush v. Gore*.”)

128. *Id.* pág. 10 (“Las diferencias raciales sustanciales en las opiniones sobre la Corte existían en 1987 y persistían en 2001. Los afroamericanos eran considerablemente menos proclives que los blancos a expresar lealtad hacia la Corte.”)

129. *Id.* pág. 12 (“Aquellos que estaban en desacuerdo con la decisión estaban más predispuestos a tener una posición fuerte sobre ella que aquellos que apoyaron el resultado.”)

130. *Id.* pág. 21 (“La evidencia muestra que entre 1987 y 2001 el apoyo a la Corte no declinó, y hemos demostrado que la decisión de la Corte Suprema en *Bush v. Gore* no tuvo un impacto debilitante de la legitimidad de la Corte Suprema de los Estados Unidos.”)

131. *Id.* (“En 2001, el 46.6 por ciento de los demócratas dieron dos respuestas positivas a nuestras preguntas; en 1987, esta cifra era apenas menor al 43.0 por ciento.”)

Durr, Martin y Wolbrecht sugiere, la reserva de “capital” que la Corte posee no es infinita.¹³² Pero tampoco es que el gasto sea siempre directo.¹³³ La reserva de capital no se consume con cada opinión impopular. El público parece entender el trabajo independiente de la Corte, y le da cierto margen de libertad.

Esto es un buen presagio para aquellos que conciben un rol contramayoritario para la Corte. Esto indica que el público tolerará que la Corte desempeñe este rol, dentro de ciertos límites. La Corte puede actuar de manera contraria a las preferencias mayoritarias -*Bush. v. Gore* sugiere fuertemente esto- y aún conservar una reserva de apoyo público. Sin embargo, estos márgenes probablemente no sean ilimitados, y tal como veremos, la opinión pública está sujeta a algún tipo de manipulación de parte de quienes tienen interés en hacerlo.

Por supuesto, reconocer un cierto caudal de independencia judicial no nos dice absolutamente nada acerca de la plausibilidad normativa de la agenda de la Corte. La actuación de la Corte Suprema fue vista como contramayoritaria durante la era *Lochner* y durante la Corte Warren.¹³⁴ Si esto es correcto, una Corte puede ser contramayoritaria desde perspectivas políticas salvajemente distintas. Esto es lo que uno recibe cuando elige tener una Corte independiente.

Dado que sus críticas son menos claras, es difícil saber a qué defecto de la Corte en materia de discrecionalidad hacen referencia los constitucionalistas populares. Varios críticos desde la derecha (piénsese en Bork y la cuestión del aborto)¹³⁵ y de la izquierda (piénsese en la abundante doctrina sobre las recientes decisiones relativas al tema del federalismo) han atacado a la Corte por haber actuado de manera contraria a la voluntad popular. No es del todo claro que estas críticas sean empíricamente correctas, lo que tal vez signifique que han sondeado incorrectamente a la opinión pública.¹³⁶ Si esto es así, entonces no existe una brecha entre el sentimiento público y las decisiones judiciales.

132. Véase Durr et al., *supra* nota 110, pág. 774 (“Una extrema divergencia entre las posiciones ideológicas de la Corte Suprema y del público, mantenida a lo largo del tiempo, provoca una erosión en el apoyo a la Corte casi equivalente al menor nivel de apoyo jamás observado, con las posibles consecuencias para la legitimidad de la institución.”)

133. Véase *id.* (“Nuestros resultados proveen apoyo empírico a la premisa de que el apoyo agregado a la Corte obedece a evaluaciones públicas de la conducta de la Corte, pero que por varias razones el impacto de los shocks transitorios tiene una relativamente corta duración.”); véase también BICKEL, *supra* nota 3, capítulo 6 (en donde el autor analiza el modo en que la decisión de la Corte Suprema en los casos de segregación fue simultáneamente costosa para algunos grupos de ciudadanos y provechosa para otros).

134. Estos eventos son sintetizados en Barry Friedman, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson of Lochner*, 76 N.Y.U. L. REV. 1383, 1438-47 (2001); Friedman, *The Countermajoritarian Difficulty, Part Five*, *supra* nota 18 pág. 215 (en donde se describe cómo la crítica contramayoritaria fue hecha en tiempos en que esta característica era acertada).

135. Véase *en general* ROBERT H. BORK, *SLOUCHING TOWARDS GOMORRAH: MODERN LIBERALISM AND AMERICAN DECLINE* (1996); ROBERT H. BORK, *THE TEMPTING OF AMERICA: THE POLITICAL SEDUCTION OF THE LAW* (1990).

136. Véase Charles H. Cameron, *Judicial Independence: How Can You Tell It When You See It? And, Who Cares*, en JUDICIAL INDEPENDENCE P. THE CROSSROADS: AN INTERDISCIPLINARY APPROACH, capítulo 6 (Stephen B. Burbank & Barry Friedman eds., 2002) (en donde los autores investigan la bibliografía existente para analizar si el control judicial contribuye a lo largo del tiempo a la democracia liberal y concluyendo que simplemente no se sabe la respuesta); Mark Graber, *Constitutional Politics and Constitutional Theory*, 27 L. & SOC. INQUIRY 209, 320-22 (en donde el autor reprende a los grandes teóricos constitucionales por la falta de suficiente atención en sus análisis a la realidad empírica); véase también Chemerinsky, *Losing Faith*, *supra* nota 27, pág. 1423-25 (describiendo cómo Tushnet ignora cuestiones como las decisiones de los tribunales inferiores que caen bajo la atención de la Corte Suprema); Friedman, *The Cycles of Constitutional Scholarship*, *supra* nota 8.

Aún si la Corte se ha apartado de la opinión pública con relación a los fundamentos o a la interpretación constitucional, la teoría del apoyo difuso sugiere fuertemente que el público todavía podría preferir acordarle autoridad interpretativa a la Corte Suprema respecto de la interpretación constitucional. Piénsese nuevamente en la enorme mayoría que, en la investigación de Gibson, Caldeira y Spence sobre el conocimiento público, sostuvo que la Corte Suprema tiene la última palabra acerca de lo que significa la Constitución.¹³⁷ Si la gente piensa esto, y si se opone a un cambio fundamental del sistema aún cuando desaprobe algunas decisiones individuales o la inclinación ideológica de la Corte, entonces existe un punto de vista popular –y ciertamente bastante duradero- en cuanto a que la Corte tiene autoridad interpretativa sobre el significado constitucional.

B. Influenciando el Apoyo del Público

Sin embargo, existe aquí un gran “pero”: la opinión pública no es externa al sistema de control judicial y al debate sobre éste. La opinión pública puede ser influenciada. De hecho, la Corte Suprema probablemente la inflencie bastante, sea o no que lo haga en forma intencional. La verdadera pregunta es entonces adónde iría a parar la opinión pública si los actores involucrados en el proceso de su creación hicieran ello más abiertamente.¹³⁸ Dado lo que sabemos sobre la visibilidad y la manera en que el público recibe la información, a la hora de pensar sobre este tema es útil considerar distintas maneras en que las prácticas de la Corte Suprema realmente inflencian (o fracasan en influenciar) a la opinión pública.

En primer lugar, y tal vez lo más importante, la práctica de la Corte de programar las fechas de resolución de los casos mantiene el radar público al margen excepto en raras ocasiones. La Corte decide la mayoría de sus sentencias en un período de tiempo bastante estrecho, y típicamente muchas de las más controversiales son dictadas en las últimas semanas del período. La investigación sobre la cobertura de medios de Franklin y Kosaki revela que, comparada con otras ramas del gobierno, la Corte recibe básicamente muy poca atención, con excepción de un gran parpadeo en el radar de la cobertura mediática al final del mes de junio (cuando generalmente se deciden los casos más importantes), y uno más pequeño, cuando la Corte comienza su nuevo período en el mes de octubre.¹³⁹ Hay que recordar también que la opinión negativa tiene una sobrevida relativamente corta.¹⁴⁰ De este modo, las prácticas sobre publicación de sentencias mantienen a la Corte fuera –más que adentro- de la cobertura noticiosa.

Segundo, al público no le es posible seguir los contenidos concretos de las decisiones, y en general las conoce simplemente por lo que los medios o los líderes de opinión le dicen

137. Gibson et al., *Public Knowledge of the United States Supreme Court*, *supra* nota 83, pág. 5.

138. Véase José María Maravall, *Accountability and Manipulation*, en DEMOCRACY, ACCOUNTABILITY AND REPRESENTATION 154-96 (Adam Przeworski, Bernard Manin & Susan C. Stokes eds., 1999) (en donde el autor analiza los modos en que los políticos encuentran para influenciar a la opinión pública pero también para esconder sus acciones del escrutinio público).

139. Franklin & Kosaki, *supra* nota 74, pág. 356-57 (“El pico de cobertura de la Corte es en junio, cuando la mayoría de las decisiones tienden a ser dictadas. Existe un modesto aumento de cobertura cuando la Corte comienza su término en octubre”).

140. Durr et al., *supra* nota 110, pág. 774.

sobre ellas. Esto significa que a veces el público lee sólo los titulares y se pierde las historias. Piénsese, al respecto, en la decisión en el caso *Planned Parenthood v. Casey*.¹⁴¹ El titular que el público recibió fue que la Corte Suprema no había dejado sin efecto *Roe v. Wade*.¹⁴² Pero la realidad es que, a partir de *Casey*, los tribunales comenzaron a convalidar leyes que limitaban fuertemente la posibilidad de que las mujeres se practiquen un aborto.¹⁴³ Puede ser que el público esté contento con ambas mitades de esta historia. Aunque también es posible que el público sólo haya recibido la primera mitad.

Tercero, el público no puede seguir ni siquiera los titulares cuando el tema de las sentencias es complicado. Buena parte de lo que recientemente provocó el enojo de la academia y de los progresistas giró en torno a las decisiones de la Corte sobre federalismo, particularmente aquellas que versaban sobre los poderes del Congreso para someter a los estados a juicios de reparación.¹⁴⁴ Estos temas son difíciles de enseñar aún a los propios estudiantes de derecho. Mientras las historias sobre la Corte sean contadas en un nivel técnico, el público va a cambiar de canal o a dar vuelta la hoja.¹⁴⁵

141. *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

142. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113; Linda Greenhouse, *High Court, 5-4, Affirms Right to Abortion but Allows Most of Pennsylvania's Limits*, N.Y. TIMES, June 30, 1992, pág. A1; Ruth Marcus, *5-4 Court Declines to Overrule Roe; But Limits Permitted On Abortion*, WASH. POST, June 30, 1992, pág. A1; Laurence H. Tribe, *Write Roe Into Law*, N.Y. TIMES, July 27, 1992, pág. A17.

143. Véase, por ejemplo, *Mazurek v. Armstrong*, 520 U.S. 968 (1997) (en donde se convalidó el requisito del médico); *Planned Parenthood of S. Ariz. v. Lawall*, 307 F.3d 783 (9th Cir. 2002) (en el que se convalidaron unas amplias excepciones al requisito de confidencialidad previstas en una norma de Arizona sobre la autorización judicial para saltar el consentimiento de los padres); *Planned Parenthood of Mid-Missouri & E. Kan., Inc. v. Dempsey*, 167 F.3d 458 (8th Cir. 1999) (caso en el que se convalidó la norma de Missouri que impedía que los servicios prestadores de abortos recibieran fondos estatales de planificación familiar).

144. Véase en general Balkin & Levinson, *supra* nota 9, pág. 1054 ("En 1996, sin embargo, en el caso *Seminole Tribe v. Florida*, la cada vez más firme nueva mayoría conservadora creó una nueva causal de inmunidad estatal, supuestamente basada en la Onceava Enmienda pero en realidad totalmente inventada); Laura S. Fitzgerald, *Beyond Marbury: Jurisdictional Self-Dealing In Seminole Tribe*, 52 VAND. L. REV. 407, 487 (1999) ("Al afirmar una prerrogativa autónoma para controlar su propia competencia sobre demandas contra los intereses estatales, esta Corte Suprema se ha atribuido a sí misma una importante facultad constitucional, corriéndose incluso más allá de *Marbury*."); Post & Siegel, *supra* nota 11, pág. 455 ("El nuevo interés de la Corte en restringir la facultad de la Sección 5, cuando se considera a la luz de los desarrollos en la jurisprudencia sobre la Cláusula de Comercio y la Onceava Enmienda que recién hemos discutido, despierta interrogantes desconcertantes acerca del futuro de la legislación federal antidiscriminatoria.") La magnitud de la respuesta académica a estas decisiones queda demostrada por la proliferación de simposios y conferencias sobre este tema. Véase, por ejemplo, Symposium, *Federalism after Alden*, 31 RUTGERS L.J. 631 (2000); Symposium, *Symposium on New Directions in Federalism*, 33 LOY. L.A. L. REV. 1275 (2000); Symposium, *Shifting The Balance Of Power? The Supreme Court, Federalism, And State Sovereign Immunity*, 53 STAN. L. REV. 1201 (2001).

145. Cubriendo la Corte Suprema para el *New York Times*, Linda Greenhouse ha realizado un noble esfuerzo para explicar las decisiones de la Corte sobre la Onceava Enmienda de una manera accesible y atractiva. Véase, por ejemplo, Linda Greenhouse, *5-to-4, Now and Forever; P. the Court, Dissent Over States' Rights Is Now War*, N.Y. TIMES, June 9, 2002, § 4, pág. 3 ("Hay votos en disidencia en la Corte Suprema, y también hay declaraciones de guerra. En estos días, federalismo significa guerra."); Linda Greenhouse, *Legacy of a Term — A Special Report; In Supreme Court's Decisions, A Clear Voice, and a Murrmur*, N.Y. TIMES, July 3, 1996, pág. A1 ("Continuando con la disgregadora reevaluación de la distribución de facultades estatales y federales que comenzó el año anterior, la Corte Suprema bruscamente puso freno a la facultad del Congreso para someter a juicio a los estados ante los tribunales federales"); Linda Greenhouse, *States are Given New Legal Shield by Supreme Court*, N.Y. TIMES, June 24, 1999, pág. A1 ("Al extender la doctrina de la soberanía estatal mucho más allá de los límites existentes, la Corte Suprema puso hoy nuevos —y fuertes— frenos a la facultad del Congreso de hacer que la legislación federal sea obligatoria para los estados.")

Una cuestión estrechamente relacionada, y que tal vez sea de la mayor importancia, es la referida a la visibilidad de las decisiones. Como hemos visto, sólo una pequeña parte de lo que la Corte hace es factible que sea registrado por la atención pública.¹⁴⁶ De esta forma, una Corte que se mueva estratégicamente podría fácilmente lograr hacer mucho, escondiéndose detrás de decisiones que sean visibles. La capacidad que la Corte tiene para hacer esto no debe ser exagerada. Así, no es que este tribunal pueda siempre determinar por adelantado qué historias serán noticia. Sin embargo, no se requiere mucha ciencia para darse cuenta que algunos casos serán los más trascendentes, y que una enorme cantidad de casos podrá quedar detrás de la escena, al apoyarse en doctrinas más oscuras.

Tomemos un último ejemplo, esta vez de algo que la Corte no ha hecho. Desde hace tiempo ha existido un reclamo para que cuando haya audiencias públicas la Corte Suprema abra sus puertas a las cámaras.¹⁴⁷ La Corte se ha opuesto a esto.¹⁴⁸ Es posible que la oposición de la Corte esté fuera de lugar. Existen indicios en la literatura en cuanto a que lo que crea el apoyo difuso es el conocimiento de los “símbolos” del poder.¹⁴⁹ Si esto es así, el hecho de que el público vea las audiencias públicas puede aumentar el apoyo difuso. Por otro lado, la Corte puede ser sabia al

146. Franklin & Kosaki, *supra* nota 74.

147. Véase, por ejemplo, *Cameras Belong in U.S. Courts*, SUN-SENTINEL (Fort Lauderdale, FL), Mar. 8, 2003, pág. 18A; *Court's Vigor on Display*, L.A. TIMES, Dec. 3, 2000, pág. M4 (“La audiencia del viernes, sin embargo, debería establecer la cuestión de si las cámaras y los grabadores tienen un lugar en el Alto Tribunal”); *Let TV be a Window to Courts*, L.A. TIMES, Feb. 28, 1999, pág. M4 (“El presidente de la Asociación Norteamericana de Abogados, Philip S. Anderson, declaró la semana pasada: ‘me es difícil pensar que exista una mejor lección cívica para el pueblo de los Estados Unidos que poder ver y escuchar cada argumento sostenido ante la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos.’ Él tiene razón.”); *Televising the Highest Court*, N.Y. TIMES, Dec. 5, 2000, pág. A28 (“El Presidente de la Corte debería apoyar la presencia de la televisión en la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos como una importante herramienta de toma de poder democrático.”); *Television and the Court*, HARTFORD COURANT, Dec. 27, 2000, pág. A16 (“[La Corte Suprema] debería seguir el camino de la mayoría de los estados y televisar de modo regular sus sesiones.”).

148. *Court's Vigor on Display*, L.A. TIMES, Dec. 3, 2000, pág. M4 (“Con la mayoría de los Jueces de la Corte expresando una fuerte antipatía a la idea de tener cámaras o grabadores en la sala de audiencias, el Presidente de la Corte William H. Rehnquist rechazó en forma sumaria el lunes pasado una petición de la CNN para transmitir esta sesión.”); *Open up the Courts to Cameras, the Public*, SEATTLE TIMES, Mar. 16, 1998, pág. B6 (“El día que usted vea ingresar una cámara dentro de nuestra sala de audiencias, será por sobre mi cadáver,” gruñó Souter.”); *Television and the Court*, HARTFORD COURANT, Dec. 27, 2000, pág. A16 (“C-SPAN y otros medios han buscado hace tiempo el permiso de la Corte para poder ingresar sus cámaras. Ellos han sido rechazados en forma reiterada”).

149. Gibson et al., *The Supreme Court and the U.S. Presidential Election of 2000*, *supra* nota 113, pág. 20: “Cuando los tribunales se tornan visibles, la gente toma contacto con la parafernalia simbólica del poder judicial... Sin importar cómo uno evalúe la decisión en *Bush v. Gore*, el contacto con los símbolos legitimantes del derecho y de los tribunales tal vez sea el proceso más importante en juego. De esta manera, el efecto de disconformidad con una decisión particular puede ser silenciado por el contacto con estos símbolos legitimantes”. Véase también Gregory Casey, *The Supreme Court and Myth: An Empirical Investigation*, 8 L. & SOC'Y. REV., 385, 409 (1974) (en donde se analiza la mitología de la neutralidad y objetividad en el proceso de adjudicación). Pero véase Caldeira, *Courts and Public Opinion*, *supra* nota 58, pág. 325 (“Mientras los jueces mantengan un perfil bajo y las políticas públicas satisfagan las expectativas, los valores políticos básicos darán forma a las actitudes hacia la Corte Suprema.”)

ser reacia. Si de hecho es mejor para la Corte que haya menos información, entonces televisar las audiencias públicas representa un riesgo. No es sorprendente que la Corte decline aceptar ese riesgo y elija no permitir la televisación de las audiencias.

Hasta aquí hemos analizado el papel que le compete a la Corte, pero también les toca a los líderes de opinión y a los medios jugar el mismo juego. Recuérdese que toda la discusión sobre el público toma en cuenta el hecho de que éste está alejado de la Corte. La influencia del público en la Corte está mediada -y viceversa-. En el medio se sitúan los actores políticos que tienen poder directo sobre la Corte, y que influyen a la opinión pública.

En algún sentido, la naturaleza mediada de la influencia del público sobre la Corte podría proteger al tribunal. Aún asumiendo que existe un público enojado, es posible que quienes estén en el poder busquen proteger a la Corte en la adversidad. Estos sentimientos no necesitan ser generalizados. Es mucho más difícil tomar medidas contra la Corte que protegerla; existen numerosos mecanismos de “veto” en virtud de los cuales la legislación que podría afectar a la Corte podría ser bloqueada.¹⁵⁰

Pero si la Corte llegara a descarriarse, es más probable que la posibilidad de colocar a líderes de opinión y políticos entre el público y la Corte presente una oportunidad para convocar a la opinión pública. Primero, recuérdese que para los líderes de opinión el apoyo difuso opera como apoyo específico. En otras palabras, aquellos que están en el poder tienden a reaccionar mucho más directamente ante decisiones específicas.¹⁵¹ Esto tiene mucho sentido; quienes están en el poder permanecen allí al lograr que sus agendas sean adoptadas. Para los individuos que están en el poder, el control judicial puede significar un verdadero problema. Segundo, los políticos pueden hacerse un nombre actuando como “empresarios” de políticas públicas, alertando al público de los asuntos que requieren su atención.¹⁵² Es difícil imaginar que si existiera un problema con la Corte (si la Corte se descarriara), alguien no avanzaría para llenar el vacío y denunciar la línea actual de la Corte.

Dicho esto, dos advertencias son necesarias. La primera es la lección dolorosamente aprendida por Franklin Roosevelt. El apoyo difuso sí existe; uno ataca a la Corte a su propio riesgo. La segunda -y esto es algo que los académicos progresistas disconformes con la Corte actual deberían aprender de sus primos conservadores- es que es muy importante el modo en que uno dice las cosas. Los conservadores han sido astutos; los progresistas, con toda su frustración, no lo han sido. Los conservadores se dieron cuenta de que era más fácil atacar individualmente a los jueces que a la institución del

150. Véase Friedman, *The Countermajoritarian Difficulty, Part II*, *supra* nota 44, pág. 45 (2002), para un análisis más elaborado de este punto. Véase de modo general McNollgast, *Positive Canons: The Role of Legislative Bargains in Statutory Interpretation*, 80 GEO. L.J. 705, 720-21 (1992) (ofreciendo un análisis de los mecanismos de veto).

151. Adamany & Grossman, *supra* nota 73, pág. 408 (“El apoyo a la Corte entre estas elites [elites políticas] está... muy estrechamente correlacionado con su nivel de aprobación respecto a las decisiones específicas de la Corte.”); Caldeira & Gibson, *supra* nota 61, pág. 656.

152. Véase *en general* Timur Kuran & Cass R. Sunstein, *Availability Cascades and Risk Regulation*, 51 STAN. L. REV. 683 (1999).

control judicial,¹⁵³ y que el éxito de los ataques dependía del modo en que las historias fueran contadas. Los progresistas perdieron su tiempo protestando contra la Corte, de una manera tan técnica que difícilmente podía captar la atención del público.¹⁵⁴

V. Conclusión

La opinión pública y el control judicial están conectados. Desde una posición normativa ellos deberían estarlo. Pero la conexión es distante, está mediada. Existe una cierta distancia entre el apoyo público a la Corte Suprema y la opinión de la gente acerca de lo que la Corte hace. Esto es, probablemente, algo bueno e importante. Incluso el constitucionalismo popular es, y debe ser, otra cosa que la satisfacción de las preferencias políticas inmediatas. Pero este margen no es infinito ni está fijo. Antes bien, el mismo depende de cuán informado esté el público, y de cómo es informado. Para bien o para mal, esto asegura que el apoyo difuso no sea estático.

153. Por ejemplo, John Ashcroft organizó una serie de audiencias sobre activismo judicial, *Judicial Activism, Defining the Problem and Its Impact: Hearings on S.J. Res. 26 Before the Subcomm. on the Constitution, Federalism, and Property Rights of the Senate Comm. on the Judiciary*, 105th Cong. 10 (1997): “[Nosotros]... hemos escuchado testimonios de individuos que experimentaron de primera mano el impacto del activismo. Pienso que ninguno de los que estuvimos aquí podremos olvidar la declaración del detective Pat Boyle, quien nos contó que su hijo fue asesinado por un peligroso criminal que fue dejado en las calles por una orden de un tribunal federal dictada por un juez que, según creo, fue judicialmente activo de un modo indebido. El testimonio del detective Boyle demuestra que el problema del activismo judicial no es solamente una preocupación teórica sobre la separación de poderes sino un problema que a veces tiene consecuencias trágicas y reales. Las audiencias de hoy ayudarán a mostrar otras formas en que los jueces activistas y sus decisiones nos han afectado a todos. Stephan O. Kline, *Judicial Independence: Rebuffing Congressional Attacks on the Third Branch*, 87 KY. L.J. 679, 726 (1999) (en donde se cita al entonces senador Ashcroft); véase también *id.* pág. 706-08 (en donde se ofrecen los comentarios del senador Dole en un discurso dado en la Sociedad Norteamericana de Editores de Prensa, preguntándose “¿[r]ealmente queremos que la mayoría de jueces en los tribunales federales piensen como los jueces Barkett, Baer, Brinkema, y Sarokin -todos estrellas del equipo permisivo liberal-, jueces que parecen intentar dismantelar desde el estrado el Estado de Derecho?”); *id.* pág. 709 (ofreciendo la declaración del senador Hatch, “[E]l juez Sarokin ha repetidamente fallado del lado de los criminales y prisioneros y recientemente ha votado a favor de invalidar las condenas a muerte de dos hombres de Delaware que, en casos separados, asesinaron a varios ancianos.”); *id.* pág. 714 (reflejando opiniones de Tom DeLay en las que éste favorece el enjuiciamiento político de jueces “activistas” como William Justice, Fred Biery, Harold Baer, Thelton Henderson y John T. Nixon).

154. Véase *supra* nota 5 y texto adjunto.