

# UC Davis

## UC Davis Previously Published Works

### Title

Elegir Remedios Constitucionales

### Permalink

<https://escholarship.org/uc/item/5gk9139w>

### Author

Fish, Eric S

### Publication Date

2021-01-12

Peer reviewed



Suprema Corte  
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios  
Constitucionales  
SCJN

# REVISTA DEL CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

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



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

R4546CECSCJN

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

1 recurso en línea (volúmenes ; 24 cm.)

Semestral

Material disponible solamente en PDF.

ISSN 2448-6965

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

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

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

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

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



# **REVISTA DEL CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES**

Año VI. Núm. 11  
julio-diciembre 2020

## **SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**

Ministro Arturo Zaldívar  
*Presidente*

### **Primera Sala**

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá  
*Presidente*

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

### **Segunda Sala**

Ministro Javier Laynez Potisek  
*Presidente*

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

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

Ana María Ibarra Olguín  
*Directora General*

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

Ana María Ibarra Olguín  
*Directora de la Revista*

Alejandra Martínez Verástegui  
*Coordinadora editorial de la Revista*

Guadalupe Ramírez Reséndiz  
Grizel Robles Cárdenas  
*Asistentes editoriales*

**Consejo editorial académico**

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



---

# CONTENIDO

---

Nota editorial	IX
Presentación	XV

## **Pensamiento Constitucional**

<i>Elegir remedios constitucionales</i> Eric S. Fish	3
<i>Mill, acerca de la libertad de expresión</i> Owen Fiss	95
<i>Penas (in)constitucionales: silos de la Octava Enmienda, fines penológicos y "ruina" de las personas</i> Judith Resnik	109
<i>Imposición cultural, la búsqueda de denominadores comunes y la "misión comparatista" de las revistas de derecho constitucional</i> Lucio Pegoraro	183

### **Trayectorias Constitucionales**

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

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

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

### **Reseña**

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

---

# NOTA EDITORIAL

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



---

# PRESENTACIÓN

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

# PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL

---



## Elegir remedios constitucionales\*

---

*Choosing constitutional remedies*

ERIC S. FISH\*\*

### Resumen

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

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

---

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

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

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

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

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

### Abstract

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

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

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

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

## 1. Introducción

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

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

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

<sup>1</sup> N. Y. Penal Law § 130.35 (McKinney, 1984).

<sup>2</sup> N. Y. Penal Law § 130.00 (4)

<sup>3</sup> 474 N.E.2d 567, 569 (N.Y. 1984).

<sup>4</sup> 474 N.E.2d 580.

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

<sup>7</sup> Véase Harrison (2014); Tribe (1984); Walsh (2010).

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>10</sup> Véase N.Y. Penal Law § 130.35 (McKinney, 1984).

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

## 2. Discreción en remedios constitucionales

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

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

<sup>12</sup> Véase 27A Am. Jur. 2D Equity § 73 (2008).

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

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

---

<sup>13</sup> Véase, también, Nagle (1993) (explicando la postura de Tribe).

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

<sup>17</sup> 474 N.E.2d 567 (N.Y. 1984).

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

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

<sup>20</sup> 543 U.S. 220 (2005).

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

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

### 3. Aproximaciones a la selección de remedios

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

---

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

<sup>23</sup> 458 U.S. 50 (1982).

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

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

### 3.1 El enfoque inglés: restricción editorial

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

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

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

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

<sup>25</sup> Human Rights Act 1998, c. 42, § 3(1) (UK).

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

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

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

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

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

<sup>29</sup> Véase Ghaidan, 2 AC 557, 32-33.

<sup>30</sup> Human Rights Act 1998 c. 42, § 4 (UK).

<sup>31</sup> *Idem.* § 4(6).

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>37</sup> Home Department, *supra* nota 26, § 2.13.

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

---

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

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

<sup>40</sup> Home Department, *supra* nota 26, § 2.13.

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

### 3.2 El enfoque canadiense: preservación de propósitos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>55</sup> *Schachter* [1992] 2 S.C.R. p. 695.

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>62</sup> *Vriend vs. Alberta* [1998] 1. S.C.R. 493.

<sup>63</sup> Véase *Eskridge* (1987, p. 1480).

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

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

---

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

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

<sup>66</sup> Véase *Haig*, 16 C.H.R.R. D/226.

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

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

### 3.3 Evasión de la ironía y reconocimiento de normas

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

<sup>76</sup> Véase *supra* notas 1 a 5 y el texto que las acompaña.

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Mientras tanto, estatutos como la Ley de Derechos Civiles,<sup>86</sup> la Ley Sherman,<sup>87</sup> y la Ley de Estándares Laborales Justos<sup>88</sup> son fuentes de las normas más poderosas y profundamente arraigadas en el sistema estadounidense (Esckridge y Ferejohn, 2001, pp. 1225-1227). Parecería extraño que los jueces invoquen normas incorporadas en la Vigésimo séptima Enmienda, pero no en la Ley de Derechos Civiles. Y si el reconocimiento de normas se ampliara para incluir estatutos y otras fuentes de derecho, entonces los jueces podrían encontrar una norma que apunte en cada dirección en prácticamente cualquier caso de discreción correctiva. El reconocimiento de normas se convierte así en un enfoque amplio e integral para seleccionar remedios constitucionales. Un juez que siga este enfoque examinará todo el panorama jurídico-político en búsqueda de normas relevantes, determinará su fuerza relativa en relación con las opciones correctivas disponibles y seleccionará el remedio que reivindique la norma que el juez considere más importante (Sunstein, 1989).<sup>89</sup> Esto se parece mucho a lo que el juez Hércules hace en la teoría interpretativa de Ronald Dworkin (1986, pp. 337-354): primero imagina que todas las estructuras jurídicas existentes y decisiones previas en el sistema son tomadas en conjunto para crear una jerarquía de normas coherente, y después elige el remedio que mejor se ajusta a la interpretación normativa de esa jerarquía (Dworkin, 1986, p. 245). Entonces, los desacuerdos acerca de la elección del remedio se tornan en desacuerdos sobre las normas que están más profundamente arraigadas.

#### 4. Desentrañando el enfoque estadounidense

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

---

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

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

<sup>87</sup> 15 U.S.C. §§ 1-7 (2012).

<sup>88</sup> 29 U.S.C. §§ 201-205 (2012).

<sup>89</sup> (Defendiendo un enfoque análogo en el contexto de la interpretación de estatutos).

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

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

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

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

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

#### 4.1 Nivelar hacia arriba o nivelar hacia abajo

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

<sup>92</sup> 543 U.S. 220 (2005).

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

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

<sup>95</sup> [1988] 484 U.S. 383, 397.

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

Este particular trato de los casos de igualdad comenzó en 1970.<sup>97</sup> Ocurrió sólo en *Welsh vs. United States*, el juez Harlan primero distinguió los casos de igualdad de otros tipos de casos de revisión constitucional, argumentando que es preferible nivelar un estatuto si es que derogarlo frustraría el objetivo de la legislatura de beneficiar a terceros.<sup>98</sup> Justificó dicha aproximación mediante un razonamiento de preservación de propósitos, y sostuvo que la Corte goza de una "presunta concesión de poder [...] para decidir si se encuentra más cerca de concordar con los deseos del Congreso eliminar la ley totalmente o expandirla para hacer que la intención del Congreso sea constitucional" (Ginsburg 1979, pp. 355-356). Este enfoque despegó cuando la Corte comenzó a aplicar la Cláusula de Protección Igualitaria sobre las leyes que discriminaban por razón de sexo. En *Frontiero vs. Richardson*,<sup>99</sup> *Weinberger vs. Wiesenfeld*,<sup>100</sup> *Califano vs. Westcott*<sup>101</sup> y otros casos,<sup>102</sup> la Corte consideró las impugnaciones a las disposiciones de seguridad social y otras leyes acerca de beneficios que brindaban

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

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

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

<sup>99</sup> 411 U.S. 677 (1973).

<sup>100</sup> 420 U.S. 636 (1975).

<sup>101</sup> 443 U.S. 76, 93 (1979).

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

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

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

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

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

<sup>105</sup> 465 U.S. 728, 739 n.5 (1984).

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

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

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

---

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

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

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

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

## 4.2 Separabilidad

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

### 4.3 Invalidación de las leyes mismas o de una aplicación

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

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

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

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

<sup>118</sup> 481 U.S. 739, 745 (1987).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>124</sup> 482 U.S. 578 (1987).

<sup>125</sup> Véase *supra* sección 3.3.

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

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

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

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

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

---

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

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

<sup>131</sup> *Idem.*

<sup>132</sup> 230 U.S. p. 126 (1913).

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 138 (1913).

## 4.4 Evasión constitucional

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

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

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

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

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

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

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

---

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

<sup>139</sup> 557 U.S. 193 (2009).

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

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

<sup>142</sup> 132 S. Ct. 2566 (2012).

<sup>143</sup> *Ibidem*, p. 2600.

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

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

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

---

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

<sup>146</sup> Véase *supra* sección 3.1.

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

<sup>148</sup> Véanse los casos citados *supra* nota 136.

<sup>149</sup> 543 U.S. 220 (2005).

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

#### 4.5 Solicitar un remedio legislativo

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

---

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

<sup>151</sup> *Ibidem* en pp. 258-265 (opinión mayoritaria).

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

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

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

---

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

<sup>154</sup> Véase *supra* notas 30-36 y el texto que las acompaña.

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

<sup>156</sup> Véase *infra* sección 6.2.

<sup>157</sup> 458 U.S. 50, pp. 87-89 (1982).

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

<sup>159</sup> *Northern Pipeline*, 458 U.S. p. 87.

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

<sup>160</sup> *Ibidem*, pp. 61-62.

<sup>161</sup> *Ibidem*, p. 88.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 5. ¿Cuál enfoque es mejor?

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

### 5.1. La restricción editorial es principalmente formalismo vacuo

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

---

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

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

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

<sup>173</sup> Véase *supra* notas 30-36 y el texto que las acompaña.

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

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

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

---

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

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

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

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

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

<sup>178</sup> Véase *supra* notas 175-177.

<sup>179</sup> 557 U.S. 193 (2009).

<sup>180</sup> 132 S. Ct. 2566 (2012).

<sup>181</sup> Véase *supra* nota 145.

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

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

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

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

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

<sup>184</sup> Véase *supra* notas 45-47 y el texto que las acompaña.

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

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

---

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

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

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

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

---

<sup>187</sup> 546 U.S. p. 320.

<sup>188</sup> *Ibidem*, p. 332.

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

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

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

---

<sup>191</sup> Véase *supra* notas 99-101 y el texto que las acompaña.

<sup>192</sup> Véase *supra* notas 126-128 y el texto que las acompaña.

<sup>193</sup> Véase *supra* notas 149-152 y el texto que las acompaña.

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

## 5.2 El caso para la preservación de propósitos

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

---

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

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

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

---

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

<sup>196</sup> (Defiende la idea de una "intención" agregada del Congreso).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 6. Refinamiento de la preservación de propósitos

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

### 6.1 ¿De quién es el propósito?

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>214</sup> 316 U.S. 535, p. 536 (1942).

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

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

<sup>217</sup> Véase *supra* notas 159-166 y el texto que acompaña.

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### 6.3 El especial caso de la separabilidad

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

<sup>225</sup> Véase Schachter [1992] 2 S.C.R. p.t 709.

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

<sup>227</sup> Véase *supra* notas 99-101 y el texto que las acompaña.

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

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

## 6.4 El problema de provocar anulaciones

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

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

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

<sup>235</sup> Véase *supra* notas 30-36.

<sup>236</sup> 543 U.S. p. 265.

<sup>237</sup> Schachter vs. Canadá, [1992] 2 S.C.R. 679, p. 725 (Can.).

<sup>238</sup> 458 U.S. 50, pp. 87-88 (1982).

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

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

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

---

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

<sup>241</sup> Véase *supra* notas 159-169 y el texto adjunto.

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

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

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

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

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

## 7. Conclusión

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

---

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

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

## Fuentes

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley Oldstyle de 8, 9, 11, 13 y 15 puntos. Noviembre de 2020.

<http://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/>



Electronic copy available at: <https://ssrn.com/abstract=3764456>