Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

IV

LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS Y LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

Kenneth Einar HIMMA*

SUMARIO: I. *Fundamentos conceptuales del positivismo jurídico.* II. *La relación lógica entre los criterios de validez y la regla social de reconocimiento.* III. *Identificación de los criterios de validez y la regla de reconocimiento. La restricción modeladora.* IV. *La Corte Suprema de los Estados Unidos y la naturaleza de la autoridad definitiva.* V. *La regla de reconocimiento y la Constitución.*

Los teóricos jurídicos que se especializan en teoría constitucional tienden a considerar irrelevantes al positivismo jurídico y a otras teorías conceptuales del Derecho. Sostienen que una teoría del concepto de Derecho no puede decir nada que ayude a resolver los problemas substantivos de la teoría constitucional.

Existe algo de validez en este reclamo. Una teoría del concepto de Derecho simplemente desarrolla las implicaciones metafísicas de los compromisos

* Estoy agradecido con los participantes en el seminario sobre la regla de reconocimiento celebrado en la Escuela de derecho de la Universidad de Pennsylvania. Tengo deudas especiales con los comentarios de Larry Alexander, Matt Adler, Wil Waluchow, Jeremy Waldron, Michael Dorf, Kent Greenawalt, Mitch Berman, Stephen Perry, Michael Green, y Richard Fallon. Este trabajo desarrolla un argumento adelantado en dos escritos anteriores: Kenneth Einar Himma, "Final Authority to Bind with Moral Mistakes: On the Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism", *Law and Philosophy*, vol. 24, 2005, pp. 1-50 (publicado en español como el capítulo 7 de mi *Derecho y Moral: el debate entre el positivismo incluyente y el excluyente*, Universidad Externado de Colombia, pp. 377-479) y "Making Sense of Constitutional Disagreement: Legal Positivism, the Bill of Rights, and the Conventional Rule of Recognition in the United States," *Journal of Law and Society*, vol. 4, p. 149-70 (2003). Este artículo fue publicado en ingles como "Understanding the Relationship between the U.S. Constitution and the Conventional Rule of Recognition", en *The rule of recognition and the United States Constitution*, Matthew D. Adler y Kenneth Einar Himma (eds.), Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 96-122. © Oxford University Press Traducción de Jorge Luis Fabra Zamora.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

sociales que gobiernan el uso del concepto-término "Derecho" y nos dice cómo distinguir algo que es Derecho de algo que no lo es. Sin embargo, saber hacer esto no parece ayudar a responder las preguntas normativas que típicamente se realizan los teóricos del Derecho constitucional; eso no ayuda en nada a responder la pregunta de cómo interpretar apropiadamente la Constitución o a la pregunta de qué institución debería decidir el significado de la misma[1]. Más que nada, un análisis de un concepto nos puede decir cómo identificar las cosas a las cuales este concepto se aplica, pero nuestra comprensión pre-teórica del mismo es, por sí misma, suficiente para hacer tal cosa. Los jueces y abogados lo hacen todo el tiempo, aún sin tener una teoría conceptual del Derecho desarrollada.

Aún así, hay aquí al menos una cuestión no normativa a la cual vale la pena dedicarse –y esa es la tarea que asumo aquí. En particular, intento determinar, mediante el examen de las prácticas de los funcionarios jurídicos, cómo se relacionan la Constitución y la regla de reconocimiento. Esto no resolverá ningún problema interesante de teoría constitucional, pero conlleva un interesante resultado conceptual: la supremacía judicial se extiende mucho más allá de lo que se asume comúnmente, haciendo aún más difíciles los problemas moralmente normativos asociados con esta práctica en un sistema democrático de gobierno.

I. Fundamentos conceptuales del positivismo jurídico

1. *El concepto de criterio de validez*

La tesis metafísica de que en cualquier sistema jurídico posible existen determinadas propiedades que *constituyen* a una norma en Derecho (exactamente en la misma forma en que la instanciación de la condición de no haberse casado, constituye a un hombre en soltero) es fundamental al análisis conceptual del Derecho. Cualquier norma que instancie las propiedades adecuadas

[1] Por supuesto, hay algunas cuestiones substantivas no-normativas que el análisis conceptual puede ayudar a resolver. Por ejemplo, los teóricos jurídicos discrepan en si los argumentos para los principios interpretativos son de naturaleza moral o jurídica. El análisis conceptual puede colaborar en la resolución de este desacuerdo; quizá los teóricos estén confundidos sobre dónde se encuentra ubicada la línea entre la moralidad y la validez. Pero, entonces, responder las cuestiones substantivas-normativas que realmente importan –por ejemplo, como deberíamos interpretar la Constitución— tendría que tomar parte apropiadamente el análisis normativo.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

es, por tal razón, Derecho en ese sistema jurídico; cualquier norma que no instancie las propiedades adecuadas no es, por tal razón, Derecho en tal sistema.

Una consecuencia de esta idea es que en todo sistema jurídico conceptualmente posible existen condiciones necesarias y suficientes para que una norma cuente como Derecho. Si *S* es un sistema jurídico y *P* es un enunciado que describe las propiedades que convierten a una norma putativa en Derecho[2], entonces *P* establece los criterios necesarios y suficientes de "validez jurídica" en *S* en el siguiente sentido:

> La Tesis de la Diferenciación: En todo sistema jurídico conceptualmente posible *S*, existe un conjunto de *CdV* (por "criterios de validez") tales que, para toda norma *n*, *n* es Derecho en *S* en el momento *t* si y solo si *n* satisface los criterios de *CdV* en *t*.

Vale la pena hacer aquí un par de observaciones acerca de la Tesis de la Diferenciación. En primer lugar, la Tesis de la Diferenciación es una tesis metafísica y no una tesis epistemológica. La Tesis de la Diferenciación no presupone ni implica ninguna afirmación acerca del grado en el que los criterios de validez de un sistema jurídico puedan ser identificados. En segundo lugar, la Tesis de la Diferenciación no implica nada acerca las relaciones conceptuales entre el Derecho y la moral. El contenido jurídicamente vinculante puede –o no puede– estar necesariamente restringido por principios morales o por el carácter inherente interpretativo del Derecho. Hasta hoy, todo teórico conceptual ha asumido la Tesis de la Diferenciación.

2. *Tesis de la separabilidad*

La Tesis de la Separabilidad, según la entiendo, niega la afirmación agustiniana de que las normas injustas no pueden ser Derecho. Mientras San Agustín creía que el Derecho debía estar conforme con los principios morales, la Tesis de la Separabilidad afirma que pueden existir sistemas jurídicos con criterios de validez que no incluyan la conformidad con los principios morales. En otras palabras, *pueden* existir sistemas jurídicos perversos y leyes perversas –como la Alemania Nazi, el apartheid en Suráfrica y el Derecho *antebellum* en los Estados Unidos.

[2] *P*, claro está, puede expresar una lista complicada de propiedades que incluya conjunciones y disyunciones.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

Así interpretada, la Tesis de la Separabilidad no niega las relaciones necesarias entre el Derecho y la moralidad; simplemente excluye una relación necesaria particular entre ellos, es decir, una conexión necesaria entre los criterios para determinar qué cuenta como Derecho y los principios morales. Los positivistas frecuentemente han reconocido otras relaciones necesarias entre el Derecho y la moral. H. L. A Hart afirmaba que el Derecho debía incluir "el contenido mínimo de Derecho natural [moral]" para realizar su propósito conceptual de guiar la conducta. Joseph Raz arguye que el Derecho hace posible formas de cooperación social que no serían posibles de otra manera entre seres que no son ángeles y, por ello, desarrolla una tarea distintivamente moral.

3. *La tesis de los hechos sociales*

La Tesis de los Hechos Sociales afirma que, en esencia, lo que distingue a las normas jurídicas de las no jurídicas es que las primeras instancian una propiedad que hace referencia a algún hecho social. El hecho social relevante es, entonces, lo que explica en últimas la existencia del sistema jurídico y lo que lo constituye en un artefacto social.

Desde la visión de Hart, un sistema jurídico surge a la vida por la existencia de una regla de reconocimiento que especifica recetas para hacer, ejecutar, cambiar, establecer y adjudicar el Derecho que producen normas que regulan de manera efectiva la conducta de los ciudadanos. Y, para Hart, existe un sistema jurídico en *S* cuando (1) los funcionarios en *S* practican la regla de reconocimiento que define los criterios de validez señalados por esta norma secundaria, y (2), los ciudadanos en *S* cumplen generalmente con las reglas primarias validadas por estos criterios. Las propiedades (1) y (2) son hechos sociales que dan lugar al Derecho y por ello convierten al Derecho en un artefacto.

4. *La tesis de la convencionalidad*

La Tesis de la Convencionalidad explica el contenido y autoridad de los criterios de validez en todos los sistemas jurídicos conceptualmente posibles en términos de una convención social practicada por las personas que fungen como funcionarios. Como funciona aquí, el término "convención" señala lo que Hart llamó una "regla social", y no se refiere una convención de coordinación como David Lewis usa el término. Las reglas sociales tienen

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

un "aspecto externo" y un "aspecto interno". El aspecto externo consiste en la convergencia de la conducta de los miembros en una regla –de tal forma que se puede describir lo que ellos están haciendo *"como una regla*[3]*"*. El aspecto interno consiste en que los miembros del grupo convergen en una actitud crítica reflexiva que convierte en *normativa* a la regla social, en el sentido de que las desviaciones de esta regla son adecuadamente censuradas.

Desde la visión de Hart, las reglas sociales pueden, pero no requieren, establecer deberes. Las reglas o convenciones que definen deberes tienen, de acuerdo con Hart, las siguientes características: (1) las personas en el grupo social relevante hacen convergir su conducta en las acciones requeridas por la regla, (2) las personas en el grupo relevante manifiestan una actitud reflexiva interna mediante la censura de las desviaciones de la regla, y (3) se aplica una presión social relevante a las personas para que acaten las reglas y eviten desviaciones inexcusadas o injustificadas.

De acuerdo con la Tesis de la Convencionalidad, el Derecho existe cuando existe una regla social de reconocimiento que resulta en una regulación eficaz de la conducta de los ciudadanos. Como Hart introduce el punto, "aquellas reglas que son válidas de acuerdo con los criterios finales de validez del sistema jurídico deben ser generalmente obedecidas, y… sus reglas de reconocimiento que especifican los criterios de validez jurídica y sus reglas de cambio y adjudicación deben ser efectivamente aceptadas como estándares de conducta oficial por sus funcionarios"[4].

Aunque algunos positivistas pueden pensar que las regla de reconocimiento no es más que una costumbre *judicial*. Esta afirmación es errada. El alcance de la autoridad de una corte está limitado, por ejemplo, por la aceptación de aquellos funcionarios que tienen la autoridad de hace cumplir el Derecho. Si los funcionarios del poder ejecutivo y de policía del Estado se rehúsan a hacer cumplir una línea de decisiones de la Corte, entonces estas decisiones carecen de las consecuencias normativas que esas normas, como cuestión conceptual, deben tener para contar como Derecho en el sentido positivista de la palabra. Dado que la autoridad jurídica de las cortes está restringida por la aceptación de otros funcionarios, la existencia y contenido de la regla de reconocimiento depende de las prácticas conjuntas tanto de los jueces *y* de otros funcionarios.

---

[3] H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2da Edición, editada por Penelope Bulloch & Joseph Raz, Oxford Universtiy Press, 1994, p. 55.

[4] *Id.*, p. 113.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

II. La relación lógica entre los criterios de validez y la regla social de reconocimiento

Los términos "criterios de validez" y "regla de reconocimiento" no son sinónimos. Mientras que la regla social de reconocimiento es al menos parcialmente normativa, como se puede esperar de las reglas, los criterios de validez son de naturaleza puramente descriptiva. En realidad, los criterios de validez –es decir, los criterios que distinguen el Derecho de lo que no es Derecho en sistema jurídico– son comúnmente expresados en condicionales sin ningún lenguaje normativo:

> Esquema de Criterios de Validez: *X* es Derecho en *S* si y solo si *X* está conforme con las condiciones establecidas por la proposición *P.*

Un juicio con esta forma no es una norma ni tiene los recursos para proporcionar razones para la acción, porque carece del lenguaje deóntico capaz de proporcionar tales razones.

En contraste, la regla de reconocimiento está expresada en términos deónticos que describen o definen obligaciones. Así, las normas de reconocimiento (una denominación alternativa a las "reglas de reconocimiento"), tienen la siguiente forma:

> Esquema de la Regla de Reconocimiento: Un presidente/legislador/juez tiene un deber (o debe) realizar *X* en ejecución de su función como presidente/legislador/juez.

El Esquema de la Regla de Reconocimiento, al contrario del Esquema de Criterios de Validez, contiene recursos lógicos –i.e., nociones deónticas– para definir y expresar deberes.

Los criterios *puramente descriptivos* de validez son extrapolados de un estudio de las reglas de reconocimiento *normativas,* particularmente de aquellas que requieren determinados actos como una precondición para crear el Derecho. Claramente, las normas de reconocimiento que definen directamente los deberes con relación al reconocimiento, creación y adjudicación del Derecho, al igual que aquellas que confieren el poder para hacer eso, determinarán las propiedades que una norma debe tener para poseer el estatus de Derecho.

Aunque "regla de reconocimiento" y "criterios de validez" están bastante relacionados, es importante distinguirlos, porque, como veremos más adelante, existen algunas normas de reconocimiento que definen deberes

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

relacionados sobre cómo la Corte interpreta la Constitución que no son, estrictamente, parte de los criterios de validez. Los términos están relacionados, sin ser equivalentes

III. Identificación de los criterios de validez y la regla de reconocimiento. La restricción modeladora

La concepción de Hart de que la existencia y contenido de la regla de reconocimiento está determinada por la práctica oficial implica que lo que los funcionarios autoconscientemente asuman como criterios de validez *sean* los criterios de validez. Aunque los funcionarios individuales –incluyendo los jueces– presumiblemente puedan tener creencias erradas acerca de los criterios de validez, simplemente no es posible, bajo la Tesis de la Convencionalidad, estar *generalmente* errados acerca algún criterio *social* de validez. Si los funcionarios autoconscientemente reconocen y tratan a las normas que satisfacen *N* como Derecho válido y la autoridad de *N* yace en la aceptación, entonces *N* determina un criterio de validez en *S.* Lo que los funcionarios colectivamente consideran como las propiedades que constituyen a las normas en jurídicamente válidas *son*, como cuestión conceptual, las propiedades que son incorporadas en la regla social de reconocimiento que define los criterios de validez jurídica.

Cada característica que constituye una regla social es observable empíricamente. En primer lugar, podemos establecer empíricamente la convergencia en la conducta. En segundo lugar, podemos establecer empíricamente que la conformidad con la regla es promovida y que las desviaciones son censuradas. En tercer lugar, podemos establecer empíricamente que se aplica la presión social requerida sobre los participantes del grupo para que actúen de acuerdo con la regla. Aunque es posible esconder estas características, los sistemas jurídicos, tales como el de Estados Unidos, tipicamente no tratan de hacer eso.

En consecuencia, si la Tesis de la Convencionalidad de Hart es cierta, entonces el proyecto de identificar los criterios de validez es empírico. La única forma para identificar el contenido de la regla social de reconocimiento y los criterios de validez es por medios empíricos. Para identificar el contenido de los criterios de validez en cualquier sociedad determinada, se deben emplear aproximadamente las mismas herramientas empíricas que son comúnmente utilizadas por los sociólogos para estudiar la conducta de los funcionarios. Así, de acuerdo con lo que llamaré la Restricción Modeladora, una descripción correcta de los criterios de validez en un sistema

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

jurídico *S* debe expresar aquellas propiedades que, como cuestión empírica observable, los funcionarios colectivamente reconocen que dan lugar a normas jurídicamente válidas que están obligados a ejecutar.

IV. La Corte Suprema de los Estados Unidos y la naturaleza de la autoridad definitiva

Existen una cantidad de asuntos controversiales acerca de la autoridad que tiene la Corte Suprema de los Estados Unidos para decidir asuntos constitucionales. Algunos teóricos, por ejemplo, discrepan de si las cortes en una sociedad democrática *deberían*, como cuestión de moralidad política, tener la autoridad definitiva para declarar inconstitucional una ley debidamente promulgada.[5] Otros teóricos de forma similar discrepan de si, como cuestión descriptiva acerca del Derecho, la Constitución de los Estados Unidos concede a la Corte la autoridad definitiva sobre una clase particular de asuntos.

Ante todo, sin embargo, es importante señalar que una cuestión está clara: La Corte Suprema actualmente tiene la autoridad definitiva para decidir al menos algunos problemas constitucionales. En realidad, no sería posible negar, por ejemplo, que la Corte Suprema tiene autoridad definitiva en una variedad de asuntos, incluyendo la prohibición de la oración en las escuelas públicas, la constitucionalidad de la pena de muerte, la constitucionalidad de las restricciones al aborto y otras.[6]

Claro está, tal autoridad es limitada. Por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos carece de autoridad para invalidar un *impeachment* (moción de censura) sobre los funcionarios del gobierno, anular enmiendas constitucionales, o decidir "cuestiones políticas". Pero la tesis no es que la autoridad de la Corte sea ilimitada, sino más bien que, como mínimo, la Corte tiene la autoridad definitiva para decidir la constitucionalidad de las promulgaciones del Congreso.

No es necesario que las Cortes tengan autoridad definitiva o que el alcance de esta autoridad sobre una clase de asuntos relevantes sea ilimitado. Puede ocurrir que tal autoridad esté distribuida sobre diferentes departamentos del Estado, o puede ocurrir, incluso, que el pueblo tenga la autoridad definitiva. De forma similar, puede ocurrir que existan algunos asuntos sobre los cuales nadie tenga autoridad definitiva. Nada en ninguna teoría

---

5 Véase la sección segunda de este libro.

6 Como veremos, incluso Ronald Dworkin acepta esto. Véase, Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 2.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

conceptual del Derecho requiere que nadie en particular tenga la última palabra.

1. *La capacidad de crear obligaciones jurídicas que vinculen a otros funcionarios en el sistema*

Una Corte tiene *autoridad* para decidir un asunto jurídico sustantivo solamente si sus decisiones crean *obligaciones* presuntivas por parte de otros funcionarios de aceptar sus decisiones como Derecho. Tener autoridad es ser capaz de promulgar directivas que sean autoritativas sobre alguna clase relevante de individuos, y una directiva es autoritativa en virtud de su obligatoriedad sobre la clase relevante de individuos.

La autoridad de la Corte para decidir un asunto substantivo de Derecho es *definitiva* si, y sólo si, no existe entidad *oficial* con la autoridad de anular la decisión de la Corte. Como Dworkin señala, este punto que no suscita mayor controversia: "un funcionario tiene autoridad definitiva para tomar una decisión cuando su decisión no puede ser revisada o revocada por ningún otro funcionario[7]". De acuerdo con esto, si una Corte tiene la autoridad definitiva sobre una decisión, entonces su decisión crea una obligación que vincula a los funcionarios en la jurisdicción. Y dado que no existe posibilidad de revocación, la obligación es definitiva.

Claro está, se puede decir que en una democracia el pueblo es quién tiene una autoridad definitiva, en el sentido de que puede iniciar enmiendas con el efecto de anular un pronunciamiento oficial y puede elegir a los funcionarios que designan a los jueces. Aunque esto proporciona a los ciudadanos alguna autoridad sobre la que tendría que reflexionarse para hacer dar una explicación completa sobre los criterios de validez, los funcionarios practican una regla que confiere alguna autoridad a las entidades oficiales tales como cortes y poderes legislativos, y es el contenido de esta autoridad de la que me ocupo aquí.

Las obligaciones creadas por las decisiones de una Corte con autoridad definitiva son jurídicas, aunque no por ello *moralmente legítimas.* Esto crea una consecuencia muy importante: *en la medida en que una Corte tenga la autoridad para decidir un asunto substantivo de Derecho, hace vinculante para los funcionarios de su jurisdicción,* caeteris paribus, *alguna de las dos decisiones posibles para el caso en cuestión.* Por ejemplo, si una Corte tiene autoridad definitiva para decidir si

[7] Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously.* Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 32.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

los derechos de aborto pueden ser restringidos por la legislación, entonces su decisión crea obligaciones que son vinculantes para otros funcionarios sin considerar cuál sea la decisión que expida –en tanto la Corte expida su decisión de una forma aceptable. Así, la Corte Suprema puede obligar a los funcionarios a cumplir una decisión que sea errada bajo una teoría "correcta" de la interpretación (si tal cosa existe).

2. *Autoridad definitiva y la discreción del tanteador*

En la revisión de un famoso artículo[8], Kent Greenawalt señala que en el béisbol existe una regla según la cual el bateador está "out" después de tres "strikes"; sin embargo, es el juez quién de forma definitiva toma la decisión. En su opinión, sería un error pensar que existe una regla disyuntiva en el béisbol (una que establece que usted está "out" después de tres "strikes" *o* después de que el juez declara el "out"), o que lo que existe es una clase de norma de reconocimiento que autoriza al juez a aplicar la regla de los tres "strikes". De forma similar, Greenawalt sostiene que sería un error caracterizar una norma de reconocimiento como si confiriera una autoridad definitiva a la Corte.

Esto parece ser erróneo. Las *reglas del béisbol* son distintas de, y no incluyen, a las reglas de reconocimiento que otorgan a los jueces la autoridad para la toma de decisiones, pero es necesaria alguna regla de reconocimiento acerca de quién toma la decisión. Esto es claro en el contexto del béisbol profesional, el cual contiene un conjunto de reglas de reconocimiento que complementan a las reglas del béisbol: las reglas del béisbol son *fundamentales para el juego,* pero las reglas de reconocimiento son fundamentales para aquellas normas que gobiernan al béisbol profesional –y ellas incluyen tanto las reglas del béisbol, como las reglas que conceden al umpire la autoridad de aplicar las reglas del béisbol.

Existe otra diferencia entre las decisiones del umpire y las decisiones donde la Corte considera la constitucionalidad de alguna norma. Un umpire puede erróneamente llamar "ball" al tercer "strike", pero su decisión no involucra una derogatoria de la regla que declara que un bateador está "out" después de tres "strikes". Cuando la Corte de forma incorrecta dero-

[8] Véase, Kent Greenawalt, 'How to understand the Rule of recognition and the American Constitution", en Matthew D. Adler, & Kenneth E. Himma, (Eds.) *The Rule Of Recognition And The U.S. Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2009, donde revisita a Kent Greenawalt, "The Rule of Recognition and the Constitution", *Michigal Law Review,* vol. 85, 1987 (también publicado como capítulo 1, en la compilación de Himma y Adler).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

ga una regla oficial, no obstante, afecta el estatus de la regla de una manera que el error del umpire no lo hace –aunque el carácter de este efecto no es aún claro–.

3. *Autoridad definitiva y criterio de validez*

Aunque es natural pensar que los pronunciamientos de una Corte con autoridad definitiva son jurídicamente vinculantes porque establecen el contenido del Derecho, ello no es necesariamente cierto. Es lógica y causalmente posible para los funcionarios estar jurídicamente obligados a cumplir el contenido de una norma que carece del estatus de Derecho –algo que frecuentemente sucede en las disputas que implican el Derecho de otra nación, estado o jurisdicción–, como ocurre en el derecho internacional privado.

Pero así no es como los funcionarios en los Estados Unidos comprenden los pronunciamientos de su Corte Suprema. Aunque los funcionarios y ciudadanos pueden estar en desacuerdo con un pronunciamiento de una Corte y pensar que es una interpretación errónea del Derecho; sin embargo, este pronunciamiento es tratado y caracterizado como Derecho. Incluso cuando un pronunciamiento es tenido como erróneo, el Estado hace cumplir lo hace con los mismos mecanismos coercitivos que se aplicarían a cualquier otra norma. El pronunciamiento de una Corte establece el contenido del Derecho en el ámbito constitucional.

Lo anterior no implica que un pronunciamiento de la Corte Suprema de los Estados Unidos que declara inconstitucional una ley la invalida absolutamente, en el sentido de remover la ley de los libros, o prohibir al poder legislativo volver a promulgar la misma ley para obligar a la Corte a retractarse de sus fallos (lo cual ocurre de una forma bastante frecuente con *Roe v. Wade*)[9]. En los Estados Unidos, se requiere una revocación expresa del poder legislativo para remover una ley de los libros, pero hay poca razón para que ese organismo gaste energía después de que una ley haya sido declarada inconstitucional. El efecto jurídico de la declaración de inconstitucionalidad y el de una revocatoria legislativa es el mismo: la ley en cuestión no crea derechos o deberes coercibles. Y lo mismo ocurre cuando se vuelve a promulgar

[9] Véase, *e.g.*, Matthew D. Adler & Michael C. Dorf, "Constitutional Existence Conditions and Judicial Review", *Virginia Law Review*, vol. 89, 2003. (*N. del T.* El lector colombiano debe notar que el alcance de la cosa juzgada constitucional en los Estados Unidos es muy diferente al señalado por el artículo 243 de la Constitución Política Colombiana y su desarrollo jurisprudencial).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

la norma, a menos que la Corte se retracte de su posición en un nuevo juicio constitucional.

Los funcionarios y los teóricos constitucionales discrepan sobre cómo caracterizar los efectos de una declaración de inconstitucionalidad en los Estados Unidos. Algunos teóricos y jueces arguyen que el efecto de una declaración de inconstitucionalidad es la anulación de la ley. En realidad, en *Norton v. Shelby County*[10], la Corte declaró que, "un acto inconstitucional no es una ley, no confiere ningún derecho, no impone ningún deber; es, desde la perspectiva jurídica, tan inoperante como si nunca hubiera ocurrido". De forma similar, en *U.S. v. Dickerson*, la Corte declaró, "(…) El Congreso no puede sustituir nuestras decisiones cuando interpretan y aplican la Constitución[11]". *Dickerson* invitó al "Congreso y a los estados (…) a buscar (…) otros procedimientos que sean al menos tan efectivos para informar a las personas arrestadas de sus [derechos]"[12], pero esta fue una invitación a cooperar con funcionarios de otros cuerpos hecha a por discreción de la Corte –y nada en la noción de autoridad definitiva prohíbe esto[13].

Otros sostienen que la declaración de inconstitucionalidad prohíbe que el Estado haga cumplir coercitivamente la norma a las partes de la decisión, pero la misma no genera más que ese efecto *inter partes*. Hay dos argumentos diferentes aquí. En primer lugar, tales decisiones no "anulan" la ley, porque la ley tendría vigencia sin necesidad de actuación el poder legislativo si la Corte decidiera revocar su fallo de inconstitucionalidad. Los teóricos que sostienen este punto de vista frecuentemente arguyen que los funcionarios del Estado, que no son partes de la decisión, deben actuar conforme a las decisiones de inconstitucionalidad hasta el punto de incluso abstenerse de

[10] 118 U.S. 425 (1886). Para una defensa de esta visión, véase Alexander, Larry & Schauer, Frederick. "On Extrajudicial Interpretation", *Harvard Law Review*, vol. 110, 1997. Por su parte, la Corte no siempre ha adherido esta visión. Véase U.S. v. U.S. Coin and Currency, 401 U.S. 715 (1971), 741.

[11] 120 S. Ct. 2326 (2000) p. 2332.

[12] El caso se refiere a las advertencias *Miranda*. (*N. de. T.* Para un comentario sobre *Dickerson* y la materia objeto de este fallo, véase el capítulo de Mitchell Berman en este libro).

[13] Véase Michael C. Dorf, & Barry Friedman, "Shared Constitutional Interpretation", *Supreme Court Law Review*, 2000. Aunque Dorf y Friedman definen la afirmación normativa de que se le debe dar un papel a los otros actores políticos en la interpretación constitucional, ellos afirman que se le debe dar la última palabra a la Corte. En realidad, ellos señalan que "está fuera de duda que el papel primario en la determincación el alcance de los derechos constitucional está asignado en la Corte", y así parece respaldar la visión "máxima" de la autoridad de la Corte defendida por Alexander & Shauer, nota al pie 12.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

hacer cumplir normas que probablemente serían declaradas inconstitucionales, según las opiniones establecidas por la Corte para la materia[14].

Nada de esto hace mucha diferencia porque la declaración de una norma como inconstitucional claramente la convierte en inejecutable y por ello carente de la fuerza que parcialmente constituye a una ley promulgada en Derecho; es decir, no se puede caracterizar correctamente como "Derecho" –o como normas válidas– a las normas de un sistema jurídico que no se pueden hacer cumplir coercitivamente. Las normas jurídicas están respaldadas por el poder ejecutivo y de policía del Estado. Una vez se remueva esta última característica de estar respaldadas coercitivamente, su estatus como "Derecho", en lo que concierne al positivismo, ha sido removido para todos los propósitos prácticos independientemente de que tales normas permanezcan en los libros–.

En segundo lugar, las decisiones de la Corte crean obligaciones jurídicas vinculantes para las partes del caso, pero no generan obligaciones de abstenerse de hacer cumplir las leyes declaradas inconstitucionales por la Corte[15]. Sin embargo, como cuestión de práctica jurídica, los demás funcionarios ejecutivos siguen el pronunciamiento de la Corte y se abstienen de hacer cumplir las normas que han sido declaradas inconstitucionales, o leyes cuyo contenido es tan cercano a la ley declarada inconstitucional que existe la fuerte probabilidad de que también sean así sean declaradas. Esta práctica incluye al Presidente.

Aunque existen algunos teóricos constitucionalistas que creen que no existe ningún deber jurídico entre los funcionarios ejecutivos de abstenerse de hacer cumplir tales leyes y afirman que quienes presumiblemente adopten esta práctica solamente lo hacen como una clase de cortesía o por una preocupación prudencial de mantener sus empleos, estos académicos están preocupados con un problema diferente al del positivismo. Ellos están discutiendo sobre el problema normativo relacionado con interpretación de la Constitución –es decir, el problema de si bajo la interpretación correcta de la Constitución y la historia asociada, se *debe* entender a la Corte Suprema

[14] Edwin Meese defiende esta perspectiva. Véase, por ejemplo, Edwin Meese "The Supreme Court of the United States: Bulwark of a Limited Constitution", *Southern Texas Law Review*, vol. 27, 1986. Larry Kramer arguye en *The People Themselves* que esta clase de "compartimentación" estuvo implicada en *Madison v. Marbury* y que la moralidad política requiere regresar a esta comprensión del papel de la Corte en la interpretación y aplicación de la Constitución relativa a otros actores políticos.

[15] Véase Richard Fallon, "As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing", *Harvard Law Review*, vol. 113, 2000, pp. 1339 y siguientes. Para una visión en contrario, véase Alexander & Schauer, *supra* nota 12.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

como una creadora de obligaciones generales–. Este es un problema *normativo* diferente del asunto puramente *descriptivo* del cual se ocupan los positivistas –es decir, el problema si hay una convergencia de la conducta de los funcionarios ejecutivos en una norma social que requiere abstenerse de hacer cumplir leyes declaradas inconstitucionales por la Corte–. Si, como parece claro, la respuesta es "sí", entonces los funcionarios están asumiendo el punto de vista interno frente a la norma de reconocimiento que crea una obligación de abstenerse de hacer cumplir tales leyes[16]. Esta práctica puede cambiar siempre y cuando los teóricos constitucionales que defienden la posición normativa alcancen un consenso general de que no existe tal deber bajo la interpretación adecuada de la Constitución. Pero, hasta que la práctica jurídica cambie, los funcionarios están tratando los pronunciamientos de la Corte como jurídicamente vinculantes –especialmente si ellos criticarían, como parece razonable hipotetizar, incidentes donde otros funcionarios completamente ignoren un pronunciamiento y hagan cumplir una ley idéntica a una declarada inconstitucional por la Corte–. Los teóricos constitucionalistas se ocupan del contenido de la interpretación adecuada de la Constitución y no del contenido de la regla de reconocimiento, las cuales son reglas distintas pero relacionadas.

Desde el punto de vista de la teoría general del derecho, los pronunciamientos inconstitucionales no pueden ser caracterizados como "Derecho," porque, como práctica entre los funcionarios, no son de cumplimiento forzado y por ello no dan pie a deberes u obligaciones jurídicas coactivas. Esto, en cualquier consideración, es la forma en la cual los términos "Derecho" y "validez jurídica" deben ser entendidos aquí.

En realidad, los abogados están entrenados para considerar los pronunciamientos de la Corte con autoridad definitiva como pronunciamientos que establecen el contenido del Derecho. Todo libro de casos de Derecho constitucional de los Estados Unidos contiene apartes de casos controvertidos de la Corte Suprema que son ampliamente considerados erróneos. Por ejemplo, no existe un libro de casos o tratados exhaustivo de Derecho constitucional en los Estados Unidos que no con contenga un extracto o dis-

[16] Véase Larry Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York, Oxford University Press, 2005. Kramer arguye que la Corte Suprema ha usurpado la autoridad definitiva, la cual debe ser retomada por el pueblo. La afirmación descriptiva, fundamentada en un análisis histórico comprensivo, confirma que la práctica oficial hoy le confiere la autoridad definitiva sobre la Constitución a la Corte Suprema; la afirmación normativa es que ello es ilegítimo. Pero el problema normativo no es relevante para el análisis positivista del contenido de la regla de reconocimiento, aunque es innegablemente importante.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

cusión del caso *Roe*. Se da por sentado entre los practicantes, estudiantes y funcionarios del sistema jurídico que, para bien o para mal, la decisión de la Corte en *Roe* estableció el contenido del "Derecho" (en el sentido explicado anteriormente) sobre el aborto en los Estados Unidos.

Los funcionarios de los Estados Unidos, entonces, están practicando una norma de reconocimiento que les requiere tratar a los pronunciamientos de la Corte con autoridad definitiva como pronunciamientos que establecen el contenido del Derecho en determinados problemas relacionados con la Constitución, aunque esta autoridad está, como veremos, limitada de varias formas. No es solamente que los funcionarios parezcan comportarse de esta manera. La mayoría, pero no todos, aceptan y practican esta regla, porque creen que los principios fundamentales que gobiernan la estructura del sistema jurídico les requiere hacer ello por. Pero algunos también pueden aceptar la regla por razones puramente prudenciales (es decir, para tener éxito profesional) y pueden incluso creer que tal regla no es interpretación de tales principio fundamentales.

4. *La autoridad definitiva y el desacuerdo de los funcionarios*

Que los funcionarios estén obligados a cumplir los pronunciamientos no implica que ellos tengan que estar de acuerdo con ellos, simplemente implica que ellos deben cumplirlos respecto con los actos dentro de su competencia. Por ejemplo, como Greenawalt señala, un Senador puede estar en desacuerdo con un pronunciamiento según el cual un acto del legislativo es constitucional, y votar en contra de éste por creerlo inconstitucional cuando venga para una nueva votación. No existe nada en la afirmación de que la Corte tiene autoridad definitiva para decidir los asuntos constitucionales que implique que todo funcionario obligado por un pronunciamiento deba *creer* que es correcto.

Claro está, algunos funcionarios algunas veces han negado públicamente la autoridad definitiva de la Corte. Recientemente, John Ashcroft hizo eso. El Presidente Jefferson amenazó con desobedecer el pronunciamiento de la Corte en *Madbury v. Madison* si iba de la forma contraria. Quizá el ejemplo más relevante involucra a *Brown v. Board of Education*. La Corte sostuvo que las escuelas públicas deberían abolir la segregación "en el menor tiempo posible" (*with 'all the deliberate speed'*) para señalar a los estados sureños que la Corte no harían cumplir la decisión inmediatamente, y como una forma de prevenir la rebelión de los funcionarios del sur que habrían causado la crisis más grave en los Estados Unidos desde la Guerra Civil.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

Varias observaciones deben hacerse aquí. Primero, estas situaciones son muy pocas y lejanas para justificar la duda sobre la autoridad definitiva de la Corte para decidir la constitucionalidad de una ley. La situación sobre *Brown* podía, sin embargo, conducir finalmente a una rebelión y, dada la resistencia de los funcionarios sureños, pudo haber producido un período en el cual la práctica social de investir a la Corte con la autoridad definitiva se descompuso. Dado que la Corte no hizo cumplir su pronunciamiento con órdenes obligatorias de suspensión de la discriminación, hasta que la cultura del sur cambió de forma significativa, nunca podremos saber cuál fue exactamente la práctica social durante ese período.

En segundo lugar, es probable que la mayoría de los funcionarios que sugirieron que desobedecerían el pronunciamiento, hubieran obedecido si hubieran sido presionados a ello. Una cosa es que un funcionario exprese esta inclinación y una bastante diferente *actúe* según ella. Las consecuencias de romper una práctica social afianzada respecto a la Constitución son suficientemente graves como para disuadir a los funcionarios que crean que la Corte carece de tal autoridad de actuar conforme a tales convicciones. Del dicho al hecho hay mucho trecho.

Tercero, incluso si algunos funcionarios ocasionalmente actúan de acuerdo con tales creencias, esto no afecta el análisis. Un positivista no podría sostener que es una condición necesaria para la existencia de un sistema jurídico que *todos* los funcionarios *siempre* converjan en la conducta y la actitud sobre el contenido específico. Si el positivismo sostuviera esa posición, la negación John Ashcroft de la autoridad final de la Corte sería, por sí misma, suficiente para mostrar que los Estados Unidos no tienen un sistema jurídico –y esto es una *reductio* de cualquier afirmación con este resultado–. Lo máximo que un positivista puede afirmar, en este sentido, es que suficientes funcionarios convergen con suficiente frecuencia sobre el contenido de una norma de reconocimiento para que ellos puedan regular efectivamente la conducta de los ciudadanos.

En realidad, no existe nada en la idea de que la Corte tiene la autoridad definitiva que implique que un Juez que disiente de un pronunciamiento deba abandonar su posición disidente la siguiente vez que el problema aparezca. Sobre el tema del aborto, el Juez Scalia ha indicado que él "continuará disintiendo sobre la empresa [de la Corte] de concebir un Código de Aborto, y sobre la ilusión de que [la Corte tiene] autoridad para hacer eso[17]". Esto no es sólo consistente con el análisis ofrecido anteriormente,

[17] Hodgson v. Minnesota, 497 U.S. 417 (1990), 480 (Opinión Disidente).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

sino que, como veremos, dada las posturas de Scalia sobre la mejor interpretación constitucional, eso es lo que se requiere según la norma de reconocimiento que los Jueces practican.

La práctica general es ésta: un funcionario que se niegue a hacer cumplir algún pronunciamiento de la Corte con autoridad definitiva, creyendo que es erróneo y por ello que no es Derecho, induciría una cascada de críticas y una orden de la Corte a hacer cumplir el pronunciamiento. En la medida que estas expectativitas sean institucionales y normativas, los funcionarios están practicando una norma de reconocimiento que convierte a ciertos pronunciamientos de la Corte en los determinantes del *contenido del Derecho*, es decir, hechos que determinan el contenido de los criterios de validez.

Pero en la medida en que los funcionarios estén practicando una regla que restringe a los jueces a decidir problemas sustantivos del Derecho de acuerdo con *N*, ellos no harán cumplir una decisión que no esté putativamente fundamentada en un intento de satisfacer *N*. Este es un incentivo considerable para los demás funcionarios de hacer cumplir los pronunciamientos de la Corte con autoridad definitiva; en nuestro mundo peligroso, cualquier señal de ruptura entre las varias ramas del poder puede tener graves consecuencias para la seguridad nacional. Incluso así, existen probablemente limites a la cooperación de los otros funcionarios en el reconocimiento de la normas que practican[18]. Por esta razón, la autoridad de la corte de establecer el contenido jurídico usualmente estará circunscrita por los requerimientos de segundo orden –un requerimiento que también encontrará expresión en una descripción puramente descriptiva de los criterios de validez–.

Una decisión judicial es suficiente, pero no necesaria, para la validez, dado que los funcionarios pueden tratar como Derecho a una norma adecuadamente promulgada por un período extendido sin desafío judicial. Si los ciudadanos diligentemente se adecúan a la norma, entonces la norma puede ser adecuadamente caracterizada como "Derecho," incluso sin una afirmación oficial de la Corte con autoridad definitiva. Esta característica de la práctica jurídica complica la tarea de resumir las condiciones suficientes y necesarias para la existencia del Derecho –y el lector deberá entender, desde el principio, que no he de resolver tales problemas–.

[18] Por ejemplo, creería que una decisión de la Corte que fuera explícitamente fundamentada en el lanzamiento de una moneda, precipitaría una ruptura ente la Corte y otros funcionarios.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

5. *La autoridad definitiva y la declaración de que una ley es constitucional*

Hasta aquí, me he enfocado en los pronunciamientos de la Corte de que una ley es inconstitucional. Sin embargo, existen problemas adicionales por los pronunciamientos de la Corte de que una norma es constitucional. He sostenido que los funcionarios están practicando una norma que crea una obligación jurídica de reconocer una decisión de la Corte (dentro del alcance limitado de su autoridad) como un pronunciamiento que determina el contenido del Derecho –sin considerar si ellos piensan que la decisión es errónea o no–. Esto es precisamente la razón por la cual se considera que la Corte, desde el punto de vista de la identificación del contenido de la regla de reconocimiento, tiene autoridad definitiva.

Pero es importante tener cuidado aquí. Así como una decisión de la Corte que un Juez crea que está equivocada no le impide a él disentir la próxima vez que el problema surja ni le exige que cambie su voto, tampoco se requiere que ningún funcionario haga cumplir una norma si él cree, en contra del pronunciamiento de la Corte Suprema, que es inconstitucional. Como Frank Easterbook señala, existe una antigua práctica entre los presidentes de negarse a hacer cumplir las leyes que ellos consideran inconstitucionales;[19] bien podría existir una práctica entre los funcionarios, incluyendo los presidentes, de no hacer cumplir leyes que ellos crean que la Corte erróneamente ha declarado constitucionales.

Esto no es inconsistente con lo que se ha dicho hasta aquí. Está bien establecido que los funcionarios responsables por el cumplimiento de lo que cuenta como Derecho tienen considerable discreción con respecto a si tienen que hacer cumplir o no algo que formalmente tiene el estatus de "Derecho". Existe en los libros una gran cantidad de legislación cuyo cumplimiento no ha sido forzado en años, debido a que se cree que sería inapropiado hacerlo, pero eso cuenta formalmente como Derecho, porque podría exigirse su cumplimiento en ausencia de algún pronunciamiento de la Corte en contrario. Si la Corte Suprema declara que una ley es constitucional y el presidente cree que ello es errado, el presidente tiene discreción jurídica para no hacer cumplir esta norma, basándose en su creencia que es inconstitucional[20]. Pero el sentido general de la práctica de los funcionarios es que

[19] Al respecto, véase Frank Easterbrook, "Presidential Review", *Case Western Reserve Law Review*, vol. 40, p. 905, y, Michael Stokes Paulsen, "The Most Dangerous Branch", *Georgetown Law Review*, vol. 83, 1994, p. 267 y ss.

[20] En realidad, algunos teóricos creen que la Constitución, adecuadamente entendida, define un deber jurídico de parte del Presidente de no hacer cumplir tales leyes. Véase,

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

se *puede* hacer cumplir la ley, y por consiguiente cuenta como Derecho –incluso si algún funcionario ejerce discreción de no hacer ello. En este análisis de la autoridad definitiva, las decisiones de la Corte no obligan jurídicamente a los funcionarios a aplicar las normas que declara constitucionales.

V. La regla de reconocimiento y la Constitución

Como es evidente de la sección precedente, no existe una relación directa entre las reglas de reconocimiento y las constituciones escritas. En primer lugar, un sistema jurídico puede no tener una Constitución escrita. En segundo lugar, incluso si la tiene, los funcionarios pueden no verla como vinculante e ignorarla. En tercer lugar, el texto de una Constitución debe ser interpretado, y existen diferentes teorías de la interpretación constitucional. Para determinar el papel que una Constitución escrita juega en determinar qué cuenta como Derecho, tenemos que observar todas las prácticas relevantes de los funcionarios en el sistema.

1. *La restricción modeladora y la formulación de la incorporación directa*

Muchos positivistas han asumido que la Constitución de los Estados Unidos define directamente los criterios de validez. Hart, por ejemplo, argüía que "los criterios proporcionados por la regla de reconocimiento (…) pueden (…) ser restricciones substantivas al contenido de la legislación tales como las Enmiendas Sexta o Novena de la Constitución de los Estados Unidos[21]". De forma similar, Brian Leiter declara que "una regla es válida bajo el Derecho de los Estados Unidos si ha sido adecuadamente promulgada por una poder legislativo federal o estatal y no es inconsistente con la Constitución federal[22]". Desde esta visión, en los Estados Unidos se utiliza la siguiente como una formulación de los criterios de validez:

Paulsen, *supra* nota 19. Pero, de nuevo, este es un problema diferente del que me ocupo aquí como un positivista. Paulsen se ocupa del asunto normativo de lo que la Constitución, adecuadamente interpretada, implica respecto a las obligaciones jurídicas del Presidente. Yo me ocupo del asunto normativo de identificar el contenido de la regla de reconocimiento que está siendo practicada por los funcionarios. Resultaría mucha confusión del fracaso en distinguir ambos problemas.

[21] Hart, *supra* nota 3, p. 250.

[22] Brian Leiter, "Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered," *Ethics,* vol. 111, 2001, pp. 278–301.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

> La Formulación de la Incorporación Directa (*FID*): Una norma adecuadamente promulgada es jurídicamente válida si y solo si está conforme con las normas de la Constitución.

FID afirma que, por ejemplo, las normas adecuadamente promulgadas que objetivamente violan la Primera Enmienda son, por esta razón, jurídicamente inválidas.

Al evaluar *FID,* es útil recordar que los funcionarios frecuentemente consideran las decisiones de constitucionalidad de la Corte Suprema como objetivamente erradas. Por ejemplo, el pronunciamiento de la Corte en *Roe v. Wade* continúa siendo controvertido treinta y cinco años después que fue decidido. Muchos siguen considerando que la decisión de *Roe* fue *incorrecta* como una cuestión de Derecho e interpretación constitucional. Mientras algunos creen que *Roe* es inconsistente con la protección de la Constitución del derecho a la vida, otros creen que creó ilegítimamente un nuevo derecho constitucional. Y tales críticos incluyen representantes en el Congreso, fiscales generales de varios presidentes recientes y jueces de la Corte Suprema –los mismos funcionarios cuyas prácticas determinan el criterio de validez–.

El problema con *FID* es que los funcionarios característicamente tratan tales decisiones como los pronunciamientos que determinan lo que es jurídicamente válido; "jurídicamente válido" y "Derecho" aquí se deben interpretar en el sentido de que expresan la idea de que estas decisiones tienen el efecto de crear, sostener o extinguir obligaciones y derechos ejecutables. Incluso cuando existe un amplio desacuerdo entre los funcionarios acerca de si una decisión es "correcta" como cuestión de Derecho constitucional, los funcionarios tratan *como* Derecho a la decisión. Las entidades competentes no hacen cumplir una ley que la Corte ha declarado inconstitucional, incluso si piensan que la decisión es errónea. Los cuerpos legislativos relevantes pueden volver a promulgar la ley, pero ello no tiene efecto jurídico. Otras Cortes rechazan como cuestión de Derecho cualquier acción fundamentada en una legislación declarada inconstitucional por la Corte.

A pesar de la interminable controversia sobre *Roe,* por ejemplo, los funcionarios asumen que es Derecho. Todas las entidades competentes federales y estatales hacen cumplir *Roe* con los mismos mecanismos coercitivos que usan para hacer cumplir cualquier otra ley. Los funcionarios pueden, algunas veces, intentar promulgar reglas que restrinjan el aborto de alguna forma, pero ellos de forma indefectible obedecen a la Corte Suprema cuando deroga esas reglas por inconstitucionales. Los funcionarios generalmente aceptan, a veces a regañadientes, que se encuentran obligados incluso a cumplir decisiones de la Corte que ellos creen que son erróneas y, por ello,

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

asumen que *Roe* es Derecho, sin considerar su opinión personal sobre si ella ha sido correcta o incorrectamente decidida.

Esto no es una casualidad. Como cuestión de práctica jurídica, los funcionarios generalmente consideran a otros bajo el deber institucional de deferir a las decisiones de la Corte sobre la validez que caen dentro de la competencia de la autoridad de la Corte comúnmente aceptada. En *Arizona v. Evans,* por ejemplo, la Corte declaró que "las Cortes estatales, en los casos adecuados, no son simplemente libres de –sino que están obligadas a- interpretar la Constitución de los Estados Unidos (…) [pero] ellas *no* escapan a de la autoridad definitiva de esta Corte[23]". Aunque la Corte ha encontrado otras ocasiones para afirmar su autoridad sobre otros funcionarios, tales recordatorios son rara vez necesarios, porque los funcionarios siempre convergen en esperar, unos de otros, la aceptación de las decisiones de la Corte como pronunciamientos que establecen el contenido del Derecho.

Esto tiene una consecuencia importante: tal conducta indica que los funcionarios practican, de forma consciente, una norma de reconocimiento que confiere a las Cortes la autoridad definitiva de decidir si una norma adecuadamente promulgada está conforme con las normas substantivas de la Constitución. En la medida en que la mayoría de los funcionarios se consideren a sí mismos como obligados incluso por las decisiones erróneas de la Corte, esto es porque convergen en practicar una norma de reconocimiento que les impone el deber secundario de tratar a las decisiones de la Corte, como pronunciamientos que determinan del contenido del Derecho (como el positivismo entiende este término).

Los positivistas y antipositivistas están de acuerdo en esto. Como Hart señala, "[C]uando el [Tribunal Supremo] ha dicho [lo que es el Derecho], la afirmación de que la Corte se 'equivocó' no tiene consecuencias dentro del sistema: no son alterados, de ese modo, ni los derechos, ni los deberes de ninguna persona."[24] Como Dworkin lo señalaba, la Corte "tiene el poder de derogar incluso las decisiones más deliberadas y populares de otros departamentos del gobierno, si cree que son contrarias a la Constitución y, por tanto, tiene la última palabra sobre si y cómo los Estados pueden ejecutar asesinos, o prohibir abortos, o obligar oraciones en las escuelas públicas, o si el Congreso puede reclutar soldados para luchar en una Guerra, o forzar al presidente a hacer públicos los secretos de su oficina."[25]

---

[23] Arizona v. Evans, 514 U.S. 1 (1995), p. 8 y 9.

[24] Hart, *supra* nota 3, p. 141.

[25] Dworkin, *supra* nota 7, p. 2. Claro está, muchos teóricos creen que, como cuestión de moralidad política, la Corte no debería tener esta autoridad. Véase, Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*. New York, Oxford Universtiy Press, 1999 y su contribución a este libro.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

Pero esto significa que la *FID* es incorrecta como una descripción empírica de los criterios de validez en los Estados Unidos. Mientras que la *FID* pretende validar todas y solo las normas adecuadamente promulgadas que están conformes a las garantías substantivas de la Constitución, los funcionarios característicamente reconocen y tratan como Derecho incluso a aquellas decisiones de constitucionalidad de la Corte Suprema que ellos creen que han sido decididas erróneamente como *cuestión de Derecho constitucional*. Dado que los funcionarios en definitiva ven a las decisiones de la Corte, y no a las garantías substantivas en sí mismas, como las que establecen si una norma adecuadamente promulgada es jurídicamente válida, *FID* es inconsistente con la conducta empírica de los funcionarios y viola la Restricción Modeladora.

Se podría refutar que lo que el Derecho *es* en los Estados Unidos y lo que los funcionarios *hacen cumplir* como Derecho son dos cuestiones totalmente diferente en los casos en los que la Corte comete un error en una decisión sobre la validez, pero este movimiento no es permitido a un positivista. Si los criterios de validez están determinados por las prácticas empíricas de los funcionarios, aquellas normas que los funcionarios colectivamente reconocen como jurídicamente válidas bajo una regla de reconocimiento secundaria *son* las jurídicamente válidas. Entonces, *FID* no puede ser reconciliada con las prácticas de los funcionarios, como la Tesis Positivista de la Convencionalidad requiere.

2. *El realismo jurídico y la autoridad definitiva de la Corte Suprema*

Otra visión natural va demasiado lejos en la otra dirección. John Chipman Gray, por ejemplo, arguye que el Derecho es, como cuestión conceptual, lo que la Corte más alta diga que es: "Para citar (…) a Bishop Hoadly (…): 'No, quienquiera tenga una autoridad absoluta para interpretar cualquier ley escrita u oral, es Él quién es realmente el Legislador de todas las intenciones o propósitos, y no la persona que primero la escribió o emitió[26]". Desde esta visión, la autoridad definitiva para decidir cuál es el Derecho lógicamente implica "autoridad absoluta", que no pueda ser restringida de ninguna forma.

En consecuencia, Gray infiere la famosa afirmación de que el Derecho en los Estados Unidos es lo que la Corte Suprema diga, de la afirmación de

[26] John Chipman Gray, *The Nature and Source of Law*. New York, Columbia University Press, 1924, p. 125.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

que la Corte tiene la autoridad definitiva para decidir la constitucionalidad (validez) de las normas correctamente promulgadas.[27] Dado que, desde esta línea de análisis, la Corte tiene autoridad ilimitada para dar forma al contenido constitucional, los criterios de validez en los Estados Unidos pueden ser formulados de la siguiente forma:

> Formula de la Discreción Ilimitada (*FDI*): Una norma adecuadamente promulgada es válida (constitucional) si y solo si está conforme con cualquier cosa que la Corte Suprema decida es el significado de las garantías substantivas contenidas en la Constitución.

FDI convierte a la Corte en el estándar y niega que la Constitución pueda genuinamente restringir a la Corte de alguna forma.

Hart explícitamente rechaza la visión de Gray aplicada a la Constitución de los Estados Unidos, bajo el fundamento de que la autoridad de la Corte sobre las decisiones de constitucionalidad siempre está restringida por el significado determinado que tiene la Constitución: "En cualquier momento dado, los jueces, incluso aquellos que son miembros de una Corte Suprema, son parte de un sistema cuyas reglas son suficientemente determinadas, en el centro, para proporcionar estándares de una decisión judicial correcta (…)[28]". Desde la visión de Hart, entonces, *FDI* pasa por alto el hecho de que la Corte está jurídicamente obligada a justificar sus decisiones de constitucionalidad en el lenguaje de la Constitución y, por lo tanto, está legalmente restringida a *interpretar* la Constitución.

Hart está en lo cierto en que existen límites al rango de interpretaciones constitucionales que los funcionarios están preparados para aceptar como jurídicamente válidas en un sistema jurídico. Por ejemplo, una decisión de la Corte que invalide los límites de velocidad de conducción en carretera, sobre el fundamento de que viola el derecho de la Segunda Enmienda a portar armas, provocaría probamente una crisis constitucional sin precedente en la historia de los Estados Unidos. Además, una decisión de la Corte invalidando el papel moneda desde una teoría originalista sería probablemente ignorada en la práctica y brutalmente criticada.

---

[27] *N. de. T.* Nótese que esta formulación es muy parecida a la que alguna vez manifestó la Corte Constitucional de Colombia: "En síntesis, entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel." Véase, Sentencia C-113/93 M.P. Jorge Arango Mejía.

[28] Hart, *supra* nota 3, p. 145.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

Tomando en cuenta el anterior comentario de Hart, parece ser que, como cuestión empírica, los funcionarios aceptan al menos la siguiente norma como restricción de la discreción de la Corte.

> La Restricción de Aceptabilidad: La Corte Suprema tiene un deber de fundamentar sus decisiones sobre la constitucionalidad (validez) las normas en una interpretación de la Constitución que (1) puede se fundamente racionalmente en el texto y (2) que sea pragmáticamente aceptable.

Parece claro que Hart está en lo cierto al pensar que los Jueces están limitados por el lenguaje de la Constitución *y* determinadas consideraciones pragmáticas (difíciles de especificar).

Estamos ahora en posición de fundamentar en una estructura positivista lo que es, entre la corriente dominante de los teóricos jurídicos, una conclusión incontroversial acerca de *FDI*. En la medida en que el rango de posibles interpretaciones define una restricción convencional en la discreción de la Corte para tomar decisiones sobre la validez, los funcionarios estadounidenses están, como cuestión empírica, practicando una regla de reconocimiento que incorpora la Restricción de Aceptabilidad en la discreción de la Corte para tomar decisiones sobre la constitucionalidad de las normas. Dado que la Restricción de Aceptabilidad es una norma jurídica, ella restringe la toma de decisiones de la Corte mediante la imposición a los jueces de un *deber jurídico* de fundamentar en el texto de la Constitución sus decisiones sobre la constitucionalidad de las leyes. Aunque los Jueces presumiblemente aceptan esta norma, los otros funcionarios del sistema pueden ligeramente pensar que les imponen un deber desde afuera; así, me referiré a esto como una restricción externa.

En este punto, entonces, podemos identificar los comienzos de una regla de reconocimiento (y por ello de una norma jurídica) que define los deberes de los funcionarios de acatar las decisiones de la Corte Suprema que satisfagan determinadas restricciones, y que es inconsistente con *FDI*:

> Autoridad Definitiva (*AutDef*): Los funcionarios de los Estados Unidos tienen (1) un deber jurídico de tratar como jurídicamente obligatorias a las normas legislativas correctamente promulgadas, que sean confirmadas por la Corte como ajustadas a una interpretación de la Constitución que satisfaga la Restricción de Aceptabilidad y la Restricción-Λ, y (2) un deber de tratar como no jurídicamente válidas a las normas derogadas por la Corte que no están ajustadas a una interpretación que satisfaga la Restricción de Aceptabilidad y la Restricción-Λ.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

La locución "Restricción-Λ" sirve como una variable para los límites empíricos adicionales, si existieran algunos, que los funcionarios aceptan sobre la discreción de la Corte. *AutDef* es así un esquema cuyos detalles deben completarse.

En cualquier evento, el hecho de que *AutDef* incluya la Restricción de Aceptabilidad sobre la discreción de la Corte, por sí mismo, muestra que *FDI* viola la Restricción Modeladora. Aunque la Restricción de Aceptabilidad define una restricción extremadamente modesta de la discreción de la Corte, la existencia de *cualquier* restricción jurídica es inconsistente con cualquier formulación de los criterios de validez que afirme que no existe ninguno. Así, *FDI* viola la Restricción Modeladora.

3. *Otras restricciones externas en la discreción de la Corte*

Es razonable pensar que existen otros límites interpretativos a la discreción de la Corte diferentes de la Restricción de Aceptabilidad. Aunque no podemos comenzar a entender la Constitución sin comprender el significado ordinario de sus términos, estos significados ordinarios no pueden dictar una consecuencia particular en ningún caso de constitucionalidad que deba ser resuelto por la Corte. Y esto significa que la Restricción de Aceptabilidad siempre deja a la Corte la libertad de elegir entre la constitucionalidad e inconstitucionalidad de una norma.

Consideremos si una Corte debe considerar constitucional una legislación adecuadamente promulgada que prohíbe la pornografía infantil virtual –la creación de hologramas o animaciones que muestren a niños realizando actos sexuales–. Es cierto que la Corte no puede interpretar la Primera Enmienda (que contiene la libertad de expresión) sin comprender el significado ordinario de términos tales como "coartar" y "expresión", pero esto aporta mucho para obligar a la Corte a llegar a un determinado resultado –porque la simple compilación del significado ordinario de "Congreso, "no" "debe", "coartar", "derecho" "libertad", "de", y "expresión", no nos dice casi nada acerca de si la Primera Enmienda prohíbe la pornografía infantil virtual. Dado que los significados de la Primera Enmienda son indeterminados con respecto a la permisibilidad de una prohibición de la pornografía infantil virtual, la Restricción de Aceptabilidad deja a la Corte la *completa* libertad de mantener o derogar la legislación según considere.

Aunque la Restricción de Aceptabilidad define suficientemente bien un límite de la discreción de la Corte para refutar la idea de que *FDI* es un criterio de validez, este límite realmente no aporta mucho para determinar la

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

consecuencia de los casos de validez –i.e. la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma. Siempre hay dos consecuencias jurídicamente posibles en cualquier caso de constitucionalidad: la Corte puede o mantener la norma o derogarla. Aunque la Restricción de Aceptabilidad prohíbe un gran número de interpretaciones irracionales del texto constitucional, deja en todos los casos "difíciles" una interpretación racional que justificaría la constitucionalidad de la norma, y una interpretación racional que justificaría su inconstitucionalidad, porque por definición, un caso es "difícil" cuando el Derecho existente falla en dictar una consecuencia única. Dado que probablemente cualquier caso de constitucionalidad que llegue a la Corte Suprema es difícil en este sentido, de ello se deriva que la Restricción de Aceptabilidad nunca eliminará un conjunto suficientemente grande de interpretaciones para establecer, como cuestión lógica, una de las dos decisiones en conflicto. En esencia, entonces, la Restricción de Aceptabilidad solo puede restringir a la Corte en la *justificación* de las decisiones en los casos de validez difíciles, pero no opera para limitar los *resultados* disponibles para la Corte.

La práctica jurídica existente es difícil de reconciliar con la idea de que el único límite de la discreción de la Corte es un deber de fundamentar racionalmente sus decisiones en alguna interpretación plausible de la Constitución. La validez de las decisiones de la Corte está siempre basada en estándares interpretativos que demandan algo considerablemente mayor que simplemente una conexión mínimamente racional con el significado ordinario del texto constitucional. Cada una de las aproximaciones prevalentes de la interpretación constitucional, tales como el evolucionismo, el originalisimo y el textualismo, pretende identificar la mejor interpretación del texto y, por ello, una que sea superior a cualquier interpretación que tenga sólo una conexión mínima con el significado ordinario del texto.

Esto sugiere que una formulación más adecuada de los criterios de validez también debe tener en cuenta el papel que estos estándares interpretativos juegan en la restricción de la determinación judicial de lo que cuenta como Derecho. Como Kent Greenawalt señala:

> Que todo estándar de interpretación que restrinja a los jueces deba ser caracterizado como un estándar "jurídico" es dudoso. Algunos estándares de interpretación, tales como que el significado ordinario de las palabras debe estar acorde con su significado natural en ausencia de alguna razón para no hacer eso, son generales y fundamentales a todo lenguaje; pero otros estánda-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

> res son claramente jurídicos. El que un estándar sea claramente jurídico o no depende de *la medida en que los jueces estén obligados a seguirlos al momento de decidir qué significa la Constitución, el estándar necesita ser ubicado en algún lugar entre los criterios finales o derivados para determinar el Derecho*[29].

Greenawalt cree que la regla de reconocimiento y los criterios de validez deben reconocer el papel que los principios jurídicos de interpretación, como los estándares originalistas y textualistas, juegan en determinar qué cuenta como Derecho en los Estados Unidos.

De forma no sorpresiva, la descripción de Greenawalt de los criterios de validez otorga un lugar prominente a los estándares interpretativos "prevalentes" en la determinación de lo que cuenta como Derecho en los Estados Unidos. Él señala esta cuestión en su propia descripción de la regla de reconocimiento de los Estados Unidos: "Sobre cuestiones no claras del texto, los estándares prevalentes de interpretación usados por la Corte Suprema determinan qué significa la Constitución[30]".

Claro está, si la interpretación incorrecta de la Corte es obligante, los estándares prevalentes por sí mismos no pueden determinar totalmente el resultado. Sin embargo, Greenawalt explícitamente reconoce esto: "los funcionarios generalmente asumen que la Constitución dice lo que los jueces más altos dicen que dice[31]". De acuerdo con lo anterior, Greenawalt debe ser interpretado en el siguiente sentido:

> Formulación de los Estándares Prevalentes (*FEP*). Una norma adecuadamente promulgada es jurídicamente válida si y solo si está conforme, en cuestiones no claras del texto, a lo que la Corte Suprema decidida que es el significado de la Constitución de acuerdo a los estándares prevalentes de interpretación.

Aunque es un paso en dirección de la captura adecuada de la autoridad de la Corte con respecto a la decisión de los problemas de constitucionalidad, *FEP* riñe con las prácticas empíricas de otros funcionarios. Como el mismo Greenawalt señala:

> "Decir que cualesquiera que sean los estándares ahora prevalentes (…) son parte de la regla definitiva de reconocimiento (…) puede ser erróneo. (…) [T]

---

29 Kent Greenawalt, "The Rule of Recognition and the Constitution", *supra* nota 8, p. 655–56.

30 *Id.* at 659.

31 *Id.* p. 653.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

> odos los jueces creen que es algunas veces adecuado cambiar los estándares de interpretación previamente prevalentes"[32].

No es solamente que los jueces algunas veces *crean* que es apropiado alterar estos estándares. Más bien, el punto es que la Corte *tiene la autoridad* para alterar los estándares interpretativos al tomar las decisiones de constitucionalidad; si la Corte debiera decidir interpretar la Constitución basada en la comprensión popular, yo supondría que otros funcionarios aceptarían esos pronunciamientos y los harían cumplir. Pero si la Corte no está jurídicamente obligada por los estándares "prevalentes", entonces de ello se deriva que la Corte, como cuestión empírica, tiene la autoridad jurídica para apartarse de estos estándares.

Esto, sin embargo, establece una dificultad en *FEP.* Si, como cuestión empírica, la Corte tiene la autoridad para vincular a los funcionarios con decisiones de constitucionalidad que explícitamente se apartan de los estándares prevalentes, es porque los funcionarios están practicando una norma que les requiere tratar tales decisiones como las que establecen lo que es jurídicamente válido. Pero dado que, de acuerdo con el positivismo, lo que los funcionarios colectivamente reconocen como jurídicamente válido basados en que satisface un criterio general *es* jurídicamente válido, se deduce que las desviaciones de la Corte de los estándares prevalentes al tomar las decisiones de validez (constitucionalidad) establecen lo que es jurídicamente válido. Dado que *FEP* sostiene que solamente aquellas decisiones que están fundamentadas en las estrategias interpretativas prevalentes establecen lo que es jurídicamente válido, *FEP* viola la Restricción Modeladora y, por lo tanto, fracasa como una descripción positivista de un criterio de validez en los Estados Unidos.

En este momento, el lector debe haber notado un problema general al formular límites *externos* sobre la discreción de la Corte. Aunque las características conspicuas de nuestra práctica jurídica sugieren que existen límites más estrictos en la discreción de la Corte diferentes de la Restricción de Aceptabilidad, se debe esperar que sea muy difícil identificar otros límites externos (es decir, límites primariamente definidos por la cooperación de los funcionarios por fuera de la Corte). Después de todo, los límites de la cooperación oficial han sido raramente, si alguna vez, violados por una decisión de la Corte Suprema sobre la validez. En su conjunto, los funcionarios casi siempre tratan a las decisiones de constitucionalidad de la Corte como pronunciamientos que determinan lo que es válido.

[32] *Id.* pp. 656–57.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

Es fácil conjeturar por qué ocurre esto. Como se señaló brevemente arriba, una negatoria a tratar como vinculante a una decisión de la Corte de parte de los otros funcionarios sería probablemente una señal de una ruptura entre las varias ramas del Gobierno que tendría profundas consecuencias para los componentes económico, psicológico y militar del bienestar nacional[33]. Una decisión que viola la Tesis de Aceptabilidad, claro está, crea graves riesgos por sí misma, dado que sugiere una mala fe de la Corte, lo cual puede ser sintomático de una crisis política, por lo que es razonable pensar que otros funcionarios obstaculizarían el cumplimiento de tales decisiones. Los riesgos asociados con una ruptura entre la Corte y los demás funcionarios crean un incentivo fuerte para que estos asuman como vinculantes las decisiones de buena fe de la Corte (es decir, aquellas que satisfacen la restricción de aceptabilidad), sin importar cuán profundamente erradas puedan ser.

4. *El papel de las consideraciones morales en la restricción de la Corte*

En este punto, es útil intentar determinar el límite que los mismos jueces de la Corte Suprema establecen con respecto a los que *ellos* están preparados para hacer. Dado que son las obligaciones de la Corte de lo que nos ocupamos, podemos progresar más intentando identificar los límites impuestos por los estándares que los mismos jueces aceptan como restricciones a la discreción de la Corte en los casos constitucionales. Llamaré a tales límites "internos", dado que los Jueces parecen imponerse estos límites a sí mismos.

El análisis de Greenawalt, aunque problemático, indica una dirección natural para el proyecto de identificar los límites internos de la discreción de la Corte y las normas de reconocimiento que expresan esos límites. Los jueces claramente utilizan un número de estándares interpretativos que restringen la discreción de la Corte más allá de los límites definidos por la Restricción de Aceptabilidad. Un juez que acepta uno de estos estándares, entonces, se considerará a sí mismo obligado a decidir los casos de constitucionalidad de acuerdo con las interpretaciones constitucionales que satisfacen el estándar.

[33] Esto puede no haber sido siempre y así posiblemente no sea siempre así; quizá, no debería ser así. Pero como cuestión empírica, es generalmente entendido dentro y fuera de los Estados Unidos, por amigos y enemigos, que las decisiones de la Corte Suprema de forma característica vinculan otros funcionarios.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

No obstante, la tarea de identificar la norma de reconocimiento relevante es complicada por el hecho de que los Jueces frecuentemente están en desacuerdo acerca de cuáles estándares interpretativos son apropiados. Si, en contraste, cada juez considerara al originalismo como el único estándar legítimo para la interpretación constitucional, los jueces estarían practicando una norma que les requeriría decidir los casos de constitucionalidad desde una comprensión originalista. Pero esto, desde luego, no ocurre así: Mientras unos Jueces están a favor de una aproximación originalista, otros favorecen una explicación que mire la Constitución como un "documento viviente", y otros favorecen una visión pragmática, adoptando elementos de diferentes estrategias según las circunstancias. En la medida en que los jueces consideren a las decisiones de la Corte como vinculantes para los otros funcionarios, sin considerar cuáles de esos principios favorecidos finalmente proporcionan la justificación, una descripción de la regla relevante de reconocimiento no debería favorecer uno de los principios interpretativos.

Vale la pena notar que los jueces rutinariamente se critican unos a otros por su elección de las estrategias interpretativas prevalentes. Los originalistas, por ejemplo, frecuentemente critican a los jueces que consideran a la Constitución como un documento viviente por leer de forma inadecuada sus preferencias políticas dentro de la Constitución; mientras los jueces que ven a la Constitución como un documento viviente critican a los originalistas por adherirse a una comprensión del texto constitucional que carece de relevancia contemporánea. En tales casos, sin embargo, la crítica es que cada interpretación particular, incluso si está plausiblemente fundamentada en algún estándar preestablecido, no está fundamentada en lo que –en algún sentido- sea la *mejor* interpretación de la Constitución.

Esta clase de críticas sugiere que los jueces están practicado una norma de reconocimiento que requiere que la Corte fundamente sus decisiones sobre la constitucionalidad de las leyes en la mejor interpretación de la Constitución. La explicación más coherente para el hecho de que los jueces se critiquen unos a otros por no producir la mejor interpretación de la Constitución, es que ellos consideran que están obligados a la mejor interpretación en la toma de decisiones y están practicando una norma que establece este estándar.

Claro está, debe decirse algo adicional acerca del sentido relevante de "la mejor". Lo "mejor" puede, por ejemplo, estar determinado desde un punto de vista político, o puede estar determinado desde el punto de vista de la ambición personal. Así, aunque la afirmación de que los jueces se consideran bajo el deber de fundamentar sus decisiones de constitucionalidad en la mejor teoría de la interpretación constitucional parece eminentemente

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

plausible, no podemos comprender exactamente qué implica esto, sin una explicación de lo que significa "la mejor".

De forma algo sorprendente, podemos encontrar en el trabajo del crítico más influyente del positivismo una explicación teóricamente viable del sentido que "lo mejor" es empleado en la práctica de la Corte. Dworkin hace varias afirmaciones empíricas acerca de lo que los jueces hacen "característicamente" al decidir los casos difíciles. Él observa que los jueces, como cuestión general, se sienten restringidos por consideraciones morales normativas de legitimidad política[34]. Los casos difíciles de cualquier clase, desde esta visión, son típicamente decididos por la fuerza de las consideraciones morales –y no por la clase de consideraciones políticas que gobiernan las decisiones legislativas–. Los jueces, en este sistema jurídico, asumen una actitud interpretativa hacia el Derecho que les requiere interpretarlo en una forma que lo muestre en la mejor luz moral.

Estas afirmaciones empíricas son bastante plausibles. Las decisiones de la Corte Suprema y los disentimientos (salvamentos de voto) "característicamente" sugieren que los Jueces están tratando de interpretar la Constitución en una forma que legitime el sistema jurídico y su monopolio oficial del poder político y coercitivo. Estas decisiones y disentimientos frecuentemente desafían los argumentos y los principios interpretativos de los demás jueces, fundamentándose en la moralidad política.

El rango de estrategias interpretativas que pueden caer bajo la rúbrica "lo mejor moralmente hablando" es bastante amplia. Por ejemplo, esta rúbrica podría incluir una teoría puramente orientada al resultado, que simplemente intenta alcanzar el mejor resultado moral, sin tener en cuenta otras consideraciones –incluyendo consideraciones de legitimidad relacionadas con la democracia–. También incluiría la propia lectura moral de la Constitución de Dworkin, la cual requiere que los términos putativamente morales de la Constitución sean interpretados de forma que incorporen las normas morales correspondientes. Pero también puede implicar abrazar teorías puramente históricas, como el originalismo, las cuales *prohíben recurrir a la moralidad objetiva* al decidir un caso en favor de una interpretación basada en la comprensión histórica de los términos. Los Originalistas como Scalia típicamente creen que el originalismo se justifica en consideraciones de legitimidad moral. En realidad, la rúbrica de "lo mejor moralmente hablando" envolvería interpretaciones consecuencialistas –o, en este sentido, cualquier método híbrido que agrupe varias de estas piezas–. En últimas, parece ra-

[34] Aquí es importante recordar que la noción de legitimidad es una noción moral que se ocupa del alcance en el cual el Estado está moralmente justificado en el uso de su fuerza coercitiva.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

zonable pensar que todos los jueces están preocupados en fundamentar sus decisiones en la mejor interpretación moral de la Constitución (entendiendo que "la mejor" incorpora todas las estrategias y las teorías de la interpretación anteriores[35]) –y existen diferentes visiones sobre cómo hacer esto–.

En *Planned Parenthood v. Casey*,[36] por ejemplo, la Corte argumentó estas consideraciones de legitimidad necesarias para reafirmar *Roe*:

> La legitimidad de la Corte depende de tomar decisiones fundamentadas en principios jurídicos bajo circunstancias en las cuales la fundamentación sea suficientemente plausible para que sea aceptada por la Nación. (…) Existe (…) un punto más allá del cual la modificación frecuente pondría a prueba la creencia del país en la buena fe de la Corte (…) La legitimidad de la Corte se debilitaría con la frecuencia de esta vacilación[37].

En respuesta, el Juez Scalia objeta que la afirmación de la mayoría de que "la Corte debe adherirse a una decisión hasta tanto la decisión enfrente 'gran oposición' y la Corte esté 'bajo fuego' adquiere un talante casi de arrogancia zarista[38]".

No es accidental que los jueces de la mayoría y los jueces disidentes se critiquen los unos a otros en términos de lo que es legítimo. En un nivel más profundo, las visiones de los jueces sobre la interpretación constitucional están comúnmente basadas en visiones normativas acerca de la legitimidad moral. Los proponentes de las aproximaciones más conservadoras textualistas y originalistas típicamente rechazan las teorías más liberales de la interpretación constitucional, como teorías inconsistentes con los principios morales que enfatizan la legitimidad del mecanismo mayoritario de toma de decisiones. Las objeciones de Scalia frente a la teoría de la Constitución viviente es, sin lugar a duda, de carácter moral:

> Esto no equivale a decir que me opongo a [la afirmación] que el problema de la reescritura judicial de textos democráticamente adoptados está 'profundamente enraizada en nuestra historia' y que 'los jueces han ejercitado esta clase de *autoridad presumiblemente no democrática* desde el mismo comienzo'. Reconocer esto es simplemente reconocer que siempre ha existido, como sin lugar a

[35] Se podría pensar que la noción de moralidad está estirada más allá de lo que puede reconocerse, como Greenawalt sugiere en *supra* nota 8. Esto es falso. Existe un amplio rango de teorías moralmente normativas de la interpretación constitucional, algunas de las cuales permiten recurrir a las normas morales para interpretar la Constitución, otras de las cuales lo prohíben por ser inconsistente con las consideraciones democráticas legítimas.

[36] 505 U.S. 833.

[37] *Id* p. 866.

[38] *Id*, p. 999.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

> dudas siempre será, jueces *malintencionados* que tuercen el Derecho según sus deseos. Pero reconocer el *mal* es una cosa, acogerlo es una cosa diferente"[39].

Es claro que Scalia cree que las decisiones de la Corte que modifican la Constitución violan los ideales democráticos de legitimidad: permiten a los jueces ejercer una "autoridad no democrática", que es un "mal" que amenaza la "existencia del gobierno democrático".

Los teóricos liberales no son menos propensos a fundamentar sus concepciones sobre lo que la Corte está jurídicamente obligada a hacer en consideraciones substantivas de moralidad política. William Brennan rechazó el originalismo como "arrogancia con un manto de humildad" y arguyó a favor de una norma interpretativa que proteja los derechos individuales que la dignidad humana genera:

> En general, los problemas de las relaciones de los ciudadanos con el Gobierno se han multiplicado y así han engendrado algunos de los problemas constitucionales más importantes del día. Como el Gobierno actúa cada vez más profundamente en esas áreas de nuestras vidas, alguna vez marcadas como "privadas", existe una necesidad cada vez mayor de ver que los derechos individuales no sean reducidos o rebajados a los intereses de lo que podría parecer temporalmente es el "bien común".[40]

Mientras que la visión de Scalia de la legitimidad enfatiza la relevancia del mecanismo mayoritario de toma de decisiones y así requiere una interpretación no moral y puramente histórica de la Constitución, la visión de Brennan enfatiza la relevancia de respetar los derechos individuales. Como Scalia, Brennan formula el deber jurídico de la Corte en términos de proteger determinados ideales substantivos de moralidad política, y rechaza interpretar la Constitución a la luz de estándares morales evolutivos.

Tales observaciones empíricas sugieren que los jueces están practicando la siguiente norma secundaria de reconocimiento:

> Deber de Encontrar el Mejor Estándar de Interpretación (*DebMej)*: Los Jueces de la Corte Suprema están jurídicamente obligados a decidir la constitucionalidad de las leyes apropiadamente promulgadas de acuerdo con la que sea, como cuestión objetiva, la mejor interpretación moral de la Constitución.

---

39 Scalia, Antonin. *A Matter of Interpretation*, Princeton, Princeton University Press, 1997, p. 131 (enfasis añadido).

40 Discurso del Juez William J. Brennan, Brennan, reimpreso en *The Great Debate: Interpreting Our Written Constitution* (Federalist Soc'y eds., 1986).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

Como sus escritos indican, los Jueces intentan (1) conformar su conducta a una norma que los obliga a decidir los casos de acuerdo con la mejor interpretación moral de la Constitución, y (2) tomar el punto de vista interno frente a los estándares que gobiernan su conducta como funcionarios.

Los otros funcionarios también parecen tomar el punto de vista interno frente a *DebMej* –aunque, hablando estrictamente, los únicos deberes definidos por *DebMej* son los que tiene la Corte Suprema. Al igual que los Jueces de la Corte Suprema, los otros funcionarios del sistema jurídico tienden a fundamentar sus visiones acerca de cómo la Corte debe decidir los casos en estándares de interpretación constitucional que están basados en visiones más generales acerca del papel moralmente legítimo de la Corte en una sociedad democrática. Aunque los otros funcionarios critiquen las decisiones erróneas de la Corte, tal crítica está inmediatamente fundada en estas visiones acerca de cómo interpretar la Constitución, y en últimas están fundadas en las visiones morales subyacentes acerca del alcance de la autoridad legítima de la Corte bajo ideales democráticos. De acuerdo con esto, la actitud y conducta tanto de la Corte y de los otros funcionarios parece converger en *DebMej*.

Debido a la fortaleza de tales consideraciones, entonces, podemos pensar que las mejores interpretaciones objetivas de las normas constitucionales definen directamente los criterios de validez. Desde esta línea de análisis, el siguiente es un criterio de validez en los Estados Unidos:

> Formulación de la Mejor Interpretación Objetiva (*FMIO*): Una norma debidamente promulgada es válida (constitucional) si y solo si está conforme con lo que es, como cuestión objetiva, la mejor interpretación moralmente hablando de las normas substantivas de la Constitución.

Si los funcionarios en los Estados Unidos aceptan *DebMej* como la definición de los deberes de la Corte al tomar las decisiones de constitucionalidad, entonces *DebMej* debe directamente generar un criterio de validez.

FMIO viola la Restricción Modeladora al entender que la autoridad de la Corte obliga a los otros funcionarios a cumplir sus decisiones. Aunque los otros funcionarios criticarían a la Corte por no producir la mejor interpretación objetiva, estos funcionarios, sin embargo, continuarán tratando a las decisiones erróneas como Derecho vinculante. Dado que la Corte por ello tiene la autoridad característica de vincular a otros funcionarios a alguna de las dos interpretaciones en conflicto de las disposiciones relevantes, una norma puede ser jurídicamente válida incluso si su contenido es, como cuestión de hecho, inconsistente con la mejor interpretación objetiva de la Constitución. Entonces, de ello se deriva que las interpretaciones objetiva-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

mente mejores de las disposiciones substantivas de la Constitución, si tal cosa existe, no determinan directamente lo que cuenta como Derecho en los Estados Unidos –aunque es cierto que ellas funcionan como una restricción a la autoridad de la Corte en la toma de decisiones en los casos de constitucionalidad–.

5. *La mejor interpretación de la Corte del criterio relevante de validez*

Dado que los funcionarios aceptarán *cualquier* decisión de la Corte Suprema que satisfaga la Restricción de Aceptabilidad y que esté fundamentada en lo que la mayoría de los jueces asuman deba ser la mejor interpretación moral de la Constitución, parece ser que las normas relevantes de reconocimiento son las Restricciones de Aceptabilidad y *DebMej*, y, por lo tanto, que la norma relevante de reconocimiento que define los deberes de los funcionarios en los Estados Unidos debe estar formulada para cumplir la Restricción-Λ, de la siguiente forma:

> Autoridad Definitiva *(AutDef)*: Los funcionarios en los Estados Unidos tienen (1) un deber de tratar como Derecho a las normas adecuadamente promulgadas hasta que sean derogadas por la Corte por no estar acorde con los que los jueces colectivamente han decidido que es, como cuestión objetiva, la mejor interpretación moral de la Constitución que satisface la Restricción de Aceptabilidad; y, (2) un deber de no tratar como Derecho a aquellas normas adecuadamente promulgadas que sean derogadas por la Corte por no estar conforme con lo que ellos colectivamente asumen es, como cuestión objetiva, la mejor interpretación moral de la Constitución que satisface la Restricción de Aceptabilidad.

AutDef es más coherente con la práctica jurídica empírica porque reconoce que los funcionarios aceptarán las decisiones de la Corte acerca de lo que es la mejor interpretación moral de la Constitución.

En consecuencia, una formulación más precisa del criterio final de validez será similar a lo siguiente:

> Formulación de la Mejor Interpretación de la Corte (*FMIC*): Una norma adecuadamente promulgada es jurídicamente válida, a menos que sea declarada inconstitucional de acuerdo a lo que la mayoría de los Jueces decidan que es, como cuestión objetiva, la mejor interpretación moral de las normas substantivas de la Constitución.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

De nuevo, debe enfatizarse que existen muchos asuntos a los que no se extiende la autoridad de la Corte, tales como asuntos que involucran preguntas políticas –pero la Corte tiene la autoridad definitiva para decidir si determinada cuestión es una pregunta política o no–. Si, por un lado, la Corte se abstiene de considerar un problema bajo el fundamento de que se trata de una pregunta política, esto es consistente con *FMIC*. Si, por otro lado, erróneamente decide un caso que presenta una pregunta política, entonces los funcionarios están obligados por este pronunciamiento –lo cual también es consistente con *FMIC*–.

Aunque reconocemos que son vagas, *FMIC* y *AutDef* modelan mejor las prácticas de la Corte al decidir la validez de las normas que cualquiera de las otras formulaciones que hemos considerado. Como *FID y FDI*, pero al contrario de las otras formulaciones propuestas, *FMIC* y *AutDef* son más coherentes con el hecho empírico de que los jueces y otros funcionarios aceptan que *DebMej* define un deber secundario de parte de la Corte de decidir la constitucionalidad de las normas de acuerdo con la mejor interpretación moral de la Constitución.

Aunque es seguramente posible mejorar esta formulación, cualquier formulación mínimamente adecuada se parecerá más a *FMIC* y *AutDef* que a cualquier otra que hemos considerado, incluyendo *FID*. Primero, dado que (1) lo que los funcionarios reconocen como Derecho *constituye* el Derecho, y (2) los funcionarios en Estados Unidos característicamente tratan como Derecho inclusive a las decisiones erróneas de la Corte sobre el contenido de las normas substantivas de la Constitución, los criterios de validez en los Estados Unidos deben reflejar la autoridad discrecional de la Corte para dar forma al contenido de estas normas. Segundo, dado que (1) la autoridad jurídica de la Corte está restringida por los estándares que los funcionarios han aceptado conjuntamente como limitantes de lo que la Corte puede hacer en los casos de constitucionalidad, y (2) los funcionarios de Estados Unidos aceptan que determinados estándares limitan la autoridad de la Corte para interpretar la Constitución, los criterios de validez en los Estados Unidos deben reconocer que existen límites sobre la autoridad discrecional de la Corte en los casos de constitucionalidad. Así, si el positivismo es la teoría conceptual correcta, entonces una descripción correcta de los criterios relevantes de validez debe reconocer tanto el hecho de que la Corte tiene alguna autoridad discrecional para formar el contenido de la Constitución *y* el hecho de que existen límites a esta autoridad.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas