

## CRITERIOS DE RACIONALIDAD EN EL EXAMEN DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES POR LA CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS

Rodrigo P. Correa G.\*

La protección judicial de los derechos fundamentales ha exigido el desarrollo de fórmulas de ponderación. Son dos al menos las razones que explican este fenómeno. En primer lugar, en su concreción práctica los derechos entran en conflicto unos con otros. La formulación clásica de esta idea se encuentra en Hobbes:

Y porque la condición del hombre . . . es una condición de guerra de todos contra todos (en cuyo caso cada cual es gobernado por su propia razón y no hay nada de lo que pueda hacer uso que no le sea una ayuda para preservar su vida en contra de sus enemigos), se sigue que en tal condición todo hombre tiene derecho a todo, incluso al cuerpo de los demás. Y por lo tanto, mientras dure este derecho natural de todo hombre a todo, ningún hombre puede tener seguridad (por fuerte y sabio que sea) de vivir todo el tiempo que la naturaleza de ordinario permite a los hombres vivir.<sup>1</sup>

En segundo lugar, los derechos de las personas también entran en colisión con intereses colectivos. En general quisiéramos creer que tales colisiones debieran siempre resolverse a favor de los derechos individuales, pero un examen detenido demuestra que muchas veces no es así. El ejemplo más obvio se encuentra en el derecho penal. La sanción penal afecta muy significativamente derechos individuales de la mayor importancia, como son la vida, la libertad y la privacidad. Aunque las hay, son sin embargo pocas las personas dispuestas a argumentar que el ejercicio del *ius puniendi* es siempre ilegítimo. Más bien, la opinión común es que bajo ciertas circunstancias los fines colectivos que persigue el derecho penal justifican la afectación de derechos individuales que ocasionan no solo la aplicación de la pena, sino también el proceso penal. Ya fuera del ámbito del derecho penal, ¿puede el Estado obligar a una persona a ir a luchar al frente a pesar del riesgo para su vida y su salud física y psíquica? También parece que en estos casos el bien colectivo justifica la afectación del derecho individual.

Algunos de los casos más extremos de colisión entre fines colectivos y derechos individuales son resueltos explícitamente por la Constitución Política, y por lo tanto no exigen ponderación jurídica, sino simplemente política. Así ocurre con los estados de asamblea,<sup>2</sup> de sitio,<sup>3</sup> de emergencia<sup>4</sup> o de catástrofe.<sup>5</sup> En todos ellos el Presidente de la

---

\* Lic. Cs. Jcas. y Socs. (U. Ch.), LL.M. (Yale). Profesor, Universidad Adolfo Ibáñez; profesor asistente, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Este trabajo es parte del proyecto de investigación *Estudio Crítico y Comparado del Sistema de Justicia Constitucional Chileno*, que cuenta con financiamiento del Departamento de Investigación y Desarrollo (DID) de la Universidad de Chile. Agradezco los comentarios de los profesores Víctor Ferreres Comella y Pablo Ruiz-Tagle Vial, y en general los de todos los asistentes al seminario *La Justicia Constitucional en el Derecho Comparado*, organizado en el marco del mencionado proyecto. Agradezco especialmente a la profesora Macarena Sáez, quien me dirigió hacia alguna jurisprudencia relevante para este trabajo.

<sup>1</sup> *Leviathan*, c. XIV (traducción del autor).

<sup>2</sup> C. Pol., arts. 40 N° 1 y 41 N° 1.

<sup>3</sup> C. Pol., arts. 40 N° 2 y 41 N° 2.

República está autorizado a afectar derechos individuales garantizados por la Constitución, y los tribunales tienen prohibición expresa de “entrar a calificar los fundamentos [o] las circunstancias de hecho invocadas por la autoridad para adoptar las medidas en el ejercicio de las facultades excepcionales.”<sup>6</sup> En estos casos no hay lugar para ponderación en tribunales. La ponderación queda confiada a los órganos políticos –el propio Presidente de la República, el Consejo de Seguridad Nacional y el Congreso Nacional– y es por eso esencialmente política.

Sin embargo, la ponderación entre intereses o fines colectivos, por una parte, e intereses o derechos individuales, por la otra, no solo se presenta en situaciones extremas. En el Estado moderno la colisión entre ambos es cotidiana. La necesidad colectiva de tener un uso eficiente y ordenado de las calles se enfrenta con la libertad de movimiento de las personas. Asimismo, la necesidad de adoptar medidas que aseguren una limpieza relativa del aire se opone a la libertad de las personas para encender la chimenea en el invierno, o para conducir su automóvil. ¿Cómo debe resolverse estas colisiones?

Frente a esta realidad cabe tomar una de las siguientes actitudes: o se piensa que la ponderación entre derechos, o entre derechos e intereses colectivos, no puede someterse al escrutinio público de la razón o, por el contrario, se piensa que ello sí es posible. Para quienes sostengan lo primero, la protección judicial de los derechos fundamentales carece de sentido. En efecto, ¿qué justificaría confiar a jueces decisiones importantes que no pueden justificarse racionalmente? Más adecuado parecería dejar dichas decisiones a los órganos políticos, más sensibles a las preferencias de la población y más abiertos a argumentos de distintos tipos. Quienes por el contrario creen que las ponderaciones de que aquí se trata sí pueden justificarse racionalmente, no tienen una razón para desechar *a priori* la protección judicial de los derechos. Más bien se pronunciarán a favor o en contra de ésta según sean los tribunales o los órganos políticos quienes más contribuyan al discurso público racional. Esta cuestión puede y debe pensarse tanto conceptualmente como a partir de la experiencia. Conceptualmente se preguntará si la estructura y forma judicial es más o menos adecuada para producir discursos racionales cercanos a lo ideal que la estructura y forma de los órganos políticos. Los estudios empíricos evaluarán los discursos de hecho producidos por diferentes órganos judiciales y diferentes órganos políticos. Este trabajo pretende ser una contribución en el orden empírico. Con esto no se alude, como es habitual entre nosotros, a un estudio que formule hipótesis a partir del análisis de muestras estadísticas. Lo que persigue es la presentación de las líneas generales trazadas por la Corte Suprema de Estados Unidos en la ponderación de derechos frente de intereses colectivos con ocasión del examen de constitucionalidad de las leyes. Se trata de la conocida tensión entre constitucionalismo y democracia, o entre liberalismo y democracia. La muestra es selectiva no estadística. La selección ha sido hecha por la literatura secundaria en que se basa este trabajo.<sup>7</sup> Se trata principalmente de textos de estudio y de libros y artículos académicos sobre derecho constitucional. La selección

---

<sup>4</sup> C. Pol., arts. 40 N° 3 y 41 N° 4.

<sup>5</sup> C. Pol., arts. 40 N° 4 y 41 N° 5.

<sup>6</sup> C. Pol., art. 41 N° 3.

<sup>7</sup> Se ha tenido a la vista la siguiente literatura general: Jerome A Barron y C Thomas Dienes, *Constitutional Law in a Nutshell* (St Paul, Minn: West Publishing, 1995), Paul Brest, Sanford Levinson, JM Balkin y Akhil Reed Amar, *Processes of Constitutional Decisionmaking: Cases and Materials* (New York: Aspen Law & Business, 2000), David M O'Brien, *Constitutional Law and Politics* vol i (New York: Norton, 2000) y Geoffrey R Stone, Louis M Seidman, Cass R Sunstein y Mark V Tushnet, *Constitutional Law* (Boston/Toronto/Londres: Little, Brown and Co., 1991).

responde, por regla general, a la importancia que cierta jurisprudencia ha tenido en el desarrollo de la dogmática constitucional estadounidense.

Todo tribunal federal de Estados Unidos tiene potestad para declarar inaplicable por inconstitucionalidad una ley, sea ésta federal o estatal. La existencia de esta potestad fue declarada por la Corte Suprema de ese país en 1803, en *Marbury v. Madison*.<sup>8</sup> La declaración judicial de inconstitucionalidad no tiene por efecto, según una frase canónica de los juristas estadounidenses, ‘remover la ley de los libros de leyes’;<sup>9</sup> es sólo una declaración de inaplicabilidad. Sin embargo, por efecto de la doctrina de *stare decisis* o vinculación de los precedentes, cuando tal declaración es hecha por la Corte Suprema, tiene el efecto práctico de hacer inaplicable la ley invalidada en términos generales.<sup>10</sup> También como consecuencia de esa doctrina, la Corte Suprema tiende a concentrar la jurisprudencia constitucional. Eso explica que el profesor Ruiz-Tagle sostenga acertadamente que el sistema estadounidense de control de constitucionalidad es a la vez difuso y concentrado.<sup>11</sup> Los juristas estadounidenses denominan a este sistema *judicial review* o ‘revisión judicial’. En lo que sigue usaré ese nombre.

Un destacado administrativista estadounidense ha señalado que “la revisión judicial destaca la tensión entre el compromiso estadounidense con el gobierno de la mayoría (democracia) y un compromiso simultáneo con la libertad individual (liberalismo). La revisión constitucional –sigue diciendo este autor– es entonces una suerte de cemento constitucional que debe ser aplicado en pequeñas cantidades.”<sup>12</sup> Podría decirse que es un cemento que se aplica con distintas mezclas. La búsqueda de la mezcla adecuada a cada problema de constitucionalidad refleja de modo muy importante la tensión entre la presunción de validez de la ley y la racionalidad que de la misma se exige. Dado que esta tensión no ha sido resuelta de la misma manera durante la vida independiente de Estados Unidos, una mirada histórica es casi imprescindible para comprender los criterios de racionalidad usados por la Corte en el examen de constitucionalidad.

La jurisprudencia ha producido diferenciación. A riesgo de simplificar demasiado las cosas, puede decirse que esta diferenciación se ha producido sobre las siguientes líneas. Por una parte se ha diferenciado en atención al derecho afectado. Puede reconocerse dos grandes categorías: derechos fundamentales y debido proceso de ley:

---

<sup>8</sup> 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1083).

<sup>9</sup> P. ej., Richard H Fallon Jr., “As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing,” 113 HARV. L. REV. 1321, 1339 (2000).

<sup>10</sup> Para una mirada reciente al status de la doctrina del *stare decisis* en el constitucionalismo estadounidense, ver Richard H. Fallon, jr., *Stare Decisis and the Constitution: An Essay on Constitutional Methodology*, 76 N.Y.U. L. REV. 570 (2001). Es la declaración de inconstitucionalidad la que tiene efectos generales en virtud de la doctrina del precedente. Esa declaración puede a su vez afectar a la disposición impugnada (*unconstitutional ‘on its face’*) o sólo algunas de sus interpretaciones posibles (*unconstitutional ‘as-applied’*). Ver Fallon, *As-Applied...*, *cit.* Dado que una sentencia jamás tiene por efecto ‘remover la ley de los libros de leyes’, una ley declarada inconstitucional puede revivir si la jurisprudencia que declaró su inconstitucionalidad es posteriormente revocada (*overruled*). Ver Michael Treanor y Gene B. Sperling, *Prospective Overruling and the Revival of “Unconstitutional” Statutes*, 93 COLUM. L. REV. 1902 (1993).

<sup>11</sup> Pablo Ruiz-Tagle V., *Control Constitucional Concentrado y Difuso: El Uso de una Dicotomía Ruinosa*, 61 REVISTA DE DERECHO PÚBLICO 81, 87 (1998-1999).

<sup>12</sup> JERRY L. MASHAW, GREED, CHAOS, AND GOVERNANCE: USING PUBLIC CHOICE TO IMPROVE PUBLIC LAW 51 (1997).

Categorías		Ejemplos
Derechos fundamentales	Explicitos	Derecho a no sufrir expropiación sin justa retribución Libertad de expresión Derecho al no establecimiento de religión Igualdad
	Implícitos	Privacidad
Debido proceso de ley	Libertad y Propiedad	Libertad contractual Derecho a no ser condenado a pagar daños punitivos en exceso

Un segundo nivel de diferenciación es ya interna a la jurisprudencia de debido proceso ley, y distingue entre garantías sustantivas y procedimentales. Este trabajo solo se referirá a la ponderación en casos de infracción al debido proceso de ley. Queda para un trabajo futuro la exposición de los estándares de ponderación en casos de afectación de los derechos fundamentales.

#### A. Infracción Sustantiva del Debido Proceso de Ley

Me referiré en particular al control de una cláusula específica de la constitución estadounidense que se encuentra en dos de sus enmiendas. La elección de esta cláusula se justifica por cuanto los criterios dogmáticos usados para la interpretación de las demás disposiciones constitucionales son en buena parte tributarios de los que aquí se analizan. La Enmienda Quinta de la Constitución de Estados Unidos, que forma parte del *Bill of Rights* o declaración de derechos contra el gobierno federal, dispone que nadie “será privado de la vida, la libertad o la propiedad sin debido proceso de ley . . .” La Enmienda Decimocuarta, que hace oponibles a los Estados los derechos del *Bill of Rights*, dispone que “ningún Estado privará a persona alguna de la vida, la libertad o la propiedad, sin debido proceso de ley.” Se ha entendido que la cláusula del ‘debido proceso de ley’ impone tanto restricciones sustantivas como procedimentales al gobierno federal y a los gobiernos estatales, y de ahí que el derecho constitucional estadounidense esté muy marcado por la distinción entre ‘debido proceso sustantivo’ (*substantive due process*)<sup>13</sup> y ‘debido proceso procedimental’ (*procedural due process*).

Por extraño que parezca, la principal fuente doctrinaria de los criterios usados por la Corte Suprema para analizar la constitucionalidad de las leyes bajo ‘debido proceso sustantivo’ proviene de un *dictum* de la misma Corte del año 1938. Un *dictum*, en contraposición a la *ratio decidendi*, es una afirmación que no forma parte del razonamiento que concluye en la sentencia, y que como tal no tiene valor de precedente vinculante. El *dictum* que nos interesa ni siquiera se encuentra en el texto principal de una opinión de la Corte, sino en una nota a pie de página. La ahora famosa nota cuatro de *United States v. Carolene Products* señala lo siguiente:

Es posible que la presunción de constitucionalidad tenga un ámbito de operación más estrecho cuando las disposiciones de la legislación parecen infringir una prohibición específica de la Constitución, tales como las de las diez primeras enmiendas . . .

<sup>13</sup> Para una crítica a la idea de ‘debido proceso sustantivo’, ver JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* 18 (1980). Ely afirma que la categoría de ‘debido proceso sustantivo’ es contradictoria en sus términos, algo así como ‘color rojo pastel verde’.

No es necesario considerar ahora si bajo las prohibiciones generales de la Enmienda Decimocuarta debiera someterse la legislación restrictiva de aquellos procesos políticos que uno de ordinario esperaría desembocaran en la derogación de legislación indeseable a un escrutinio judicial más estricto que el usado para la mayoría de los otros tipos de legislación. . . .

Tampoco necesitamos investigar si consideraciones similares valen para la revisión de leyes dirigidas a particulares grupos religiosos . . . o nacionales . . . o minorías raciales . . . o si el prejuicio contra minorías bien definidas e insulares [*discrete and insular minorities*] puede constituir una condición especial que tienda seriamente a minar la operación de aquellos procesos políticos en los que de ordinario se confía para la protección de las minorías, y que consecuentemente puede exigir una investigación judicial más inquisitiva. . . .<sup>14</sup>

La *nota* en *Carolene Products* y su progenie deben leerse como un esfuerzo de resolver adecuadamente la tensión entre democracia y constitución, o entre democracia y liberalismo. La solución propuesta se articula en torno a la presunción de constitucionalidad de la ley, que según sugiere la *nota*, reconoce dos grados, un grado máximo para las leyes que podríamos llamar normales y uno mínimo para las leyes sospechosas. Leyes sospechosas serían aquellas que abiertamente parecen infringir derechos fundamentales o que se dirigen a grupos definidos por su religión, nacionalidad, raza o cualesquiera otros rasgos que fácilmente permita distinguirlos como grupo minoritario. La racionalidad de este sistema está declarada en la *nota* que acabo de leer. Es razonable esperar que sean los procesos políticos ordinarios los que deroguen la legislación indeseable. Estos procesos políticos ordinarios, en una democracia representativa, se concretan institucionalmente en el proceso de formación de las leyes, en el cual el papel principal corresponde al Congreso Nacional, un papel secundario mediante la facultad de vetar corresponde al Presidente, y ningún papel corresponde a los tribunales de justicia. Una natural deferencia hacia el legislador exigiría por tanto que el órgano de control de constitucionalidad por regla general se abstuviera de declarar la

---

<sup>14</sup> United States v. *Carolene Products*, 304 U.S. 144 (1938), nota 4. Traducción del autor. El texto completo en su idioma original es el siguiente:

There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth. See *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359, 369-370; *Lovell v. Griffin*, 303 U.S. 444, 452.

It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation. On restrictions upon the right to vote, see *Nixon v. Herndon*, 273 U.S. 536; *Nixon v. Condon*, 286 U.S. 73; on restraints upon the dissemination of information, see *Near v. Minnesota ex rel. Olson*, 283 U.S. 697, 713-714, 718-720, 722; *Grosjean v. American Press Co.*, 297 U.S. 233; *Lovell v. Griffin*, supra; on interferences with political organizations, see *Stromberg v. California*, supra, 369; *Fiske v. Kansas*, 274 U.S. 380; *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 373-378; *Herndon v. Lowry*, 301 U.S. 242; and see *Holmes, J.*, in *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652, 673; as to prohibition of peaceable assembly, see *De Jonge v. Oregon*, 299 U.S. 353, 365.

Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious, *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510, or national, *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390; *Bartels v. Iowa*, 262 U.S. 404; *Farrington v. Tokushige*, 273 U.S. 284, or racial minorities, *Nixon v. Herndon*, supra; *Nixon v. Condon*, supra: whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry. Compare *McCulloch v. Maryland*, 4 Wheat. 316, 428; *South Carolina v. Barnwell Bros.*, 303 U.S. 177, 184, n. 2, and cases cited.

inconstitucionalidad de las leyes en situaciones normales. Esta natural deferencia cede sin embargo cuando la ley impugnada parece infringir abiertamente los derechos fundamentales. Según la *nota*, en estos casos de inconstitucionalidad flagrante los tribunales podrían declarar la ley inaplicable.<sup>15</sup> La deferencia cede también en casos más interesantes, cuando ciertas características de la legislación hacen que sea ilusorio confiar en los procesos políticos ordinarios para su derogación. La *nota* intenta codificar estos casos a través de las mencionadas categorías: religión, nacionalidad, raza u otros rasgos que identifiquen claramente a una minoría. Esto ha llevado a la Corte a dividir las impugnaciones por ‘debido proceso sustantivo’ en dos grupos, según la legislación impugnada sea normal o sospechosa, en los términos señalados. En el primer caso la corte aplica un escrutinio laxo y en el segundo uno estricto. El escrutinio laxo, más conocido como del ‘fundamento racional’ o *rational basis*, exige demostrar a quien pretenda vencer la presunción de constitucionalidad de la ley que ésta no se relaciona racionalmente a un interés gubernamental permisible. En muy contadas ocasiones la Corte entiende satisfecha esta carga argumentativa. Por el contrario, cuando la Corte aplica el escrutinio estricto o *strict scrutiny*, es el gobierno quien debe demostrar que la ley se ajusta estrechamente a un interés gubernamental perentorio. Rara vez el gobierno pasa la prueba. La consecuencia de esta doctrina es que la disputa se centra en si la ley impugnada es o no sospechosa. En la inmensa mayoría de los casos la parte que vence en esa disputa obtiene una sentencia a su favor.<sup>16</sup>

Veamos qué ha significado esta doctrina para las restricciones sustantivas impuestas por el debido proceso. Recordemos que las cláusulas pertinentes establecen que nadie “será privado de la vida, la libertad o la propiedad sin debido proceso de ley . . .” La vida no juega un rol importante en la jurisprudencia estadounidense. Para entender esto es importante apuntar brevemente cómo ha tratado la jurisprudencia estadounidense dos problemas que entre nosotros suelen representarse como asuntos constitucionales que de una u otra manera comprometen el derecho a la vida: pena de muerte y aborto. El primero lo trata la Corte Suprema como un problema de “pena cruel e inusual”, regulado por la octava enmienda.<sup>17</sup> El aborto sí se trata como un asunto de debido proceso sustantivo, pero no es la vida el derecho relevante, sino la privacidad. Esto merece una explicación más detallada más adelante. Quedan entonces la libertad y la propiedad. Esta última también está protegida por la cláusula de expropiación (*takings clause*) de la Decimoquinta Enmienda, conforme a la cual “la propiedad privada no será expropiada para uso público sin justa compensación.” Sin embargo, más adelante se verá que la jurisprudencia ha ampliado el concepto de propiedad de la cláusula del debido proceso para cubrir intereses individuales distintos de la propiedad en sentido estricto. En cuanto a la libertad, se trata

---

<sup>15</sup> Esta idea tiene una larga tradición en la doctrina estadounidense que se remonta a famoso artículo de James Bradley Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 HARV. L. REV. 129, ... (1893) (“[The court] can only disregard the Act when those who have the right to make laws have not merely made a mistake, but have made a very clear one—so clear that it is not open to rational question...”).

<sup>16</sup> Pueden apuntarse algunas excepciones. Por ejemplo, en *United States v. Paradise*, 480 U.S. 149 (1987), la mayoría de la Corte estimó que un programa de discriminación positiva a favor de trabajadores negros pasaba el examen de escrutinio estricto.

<sup>17</sup> *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972) (0); *Gregg v. Georgia*, (1976) (0); *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977) (la muerte no es una pena apropiada para sancionar la violación de una mujer adulta); *Enmund v. Florida*, 458 U.S. 782 (la muerte no es una pena apropiada para ni causó ni intentó causar la muerte de otro); *Stanford v. Kentucky*, 492 U.S. 361 (1989) (no existe un consenso de que esté prohibido aplicar la pena capital a jóvenes mayores de 15); *Penry v. Lynaugh*, 492, 302 (1989) (no existe un consenso de que esté prohibido aplicar la pena capita a retardados mentales); *Atkins v. Virginia*, 122 S. Ct. 2242, 2252 (2002) (“la muerte no es una pena apropiada para un criminal retardado mental”).

aquí de una libertad genérica, puesto que ciertas libertades específicas tales como la libertad de expresión o la libertad religiosa son objeto de cláusulas especiales. Es además una libertad negativa, en el sentido que impone al estado deberes de abstención. Pues bien, en cierto sentido toda legislación parece oponerse a esta forma de libertad.<sup>18</sup> Pero dado que la libertad no tiene mucho valor cuando todos gozan de libertad en forma irrestricta, no es difícil fundar la racionalidad de aquellas restricciones a la libertad que hacen posible maximizar la libertad. La Corte en consecuencia acepta que los estados tienen potestades de policía para promover “la seguridad, salud, moral y bienestar general del público.”<sup>19</sup> Es así que “[t]anto la propiedad como la libertad se tienen bajo las condiciones impuestas por el gobierno del Estado en ejercicio de dichas potestades, siempre que sean razonables, y la enmienda decimocuarta no fue designada para interferir con dichas condiciones.”<sup>20</sup> La discusión gira entonces en torno a lo razonable de las condiciones impuestas por el gobierno.

El verdadero problema surge en los casos de las regulaciones que van más allá de aquel mínimo necesario para garantizar la libertad natural. ¿Cómo tratar por ejemplo toda la legislación laboral protectora del trabajador? Pareciera que esta legislación limita de modo significativo la libertad contractual del empleador y del trabajador. La primera consecuencia significativa de la doctrina de la *nota* ocurre precisamente en el ámbito de la legislación económico social. Para entenderla es ilustrativo referirse a la historia previa.

Una formulación canónica de la interpretación del ‘debido proceso sustantivo’ anterior a la *nota* se encuentra en la opinión disidente del juez Bradley en una decisión de 1872:

Para la preservación, ejercicio y goce de estos derechos [vida, libertad, propiedad] el ciudadano individual debe, necesariamente, quedar libre para adoptar aquella vocación, profesión o comercio que le parezcan más conducentes a dicho fin. Sin este derecho no puede ser un hombre libre. Este derecho a elegir la propia vocación es una parte esencial de aquella libertad que es objeto de protección del gobierno; y una vocación, una vez elegida, es propiedad y derecho del hombre. La libertad y la propiedad no están protegidas allí donde estos derechos son atacados arbitrariamente.<sup>21</sup>

Esta teoría del juez Bradley fue recogida por la mayoría de la Corte dieciocho años más tarde, en *Chicago, Milwaukee & St. Paul Railway v. Minnesota*,<sup>22</sup> donde la Corte estimó que podía revisar la racionalidad de las regulaciones administrativas que fijaban las tarifas que podían cobrar las empresas de ferrocarriles. El caso paradigmático de debido proceso de ley sustantivo se encuentra en *Lochner v. New York*.<sup>23</sup> El estado de Nueva York

---

<sup>18</sup> HOBBS, LEVIATHAN, cap. XXI.

<sup>19</sup> *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

<sup>20</sup> *Id.*

<sup>21</sup> *The Slaughter-House cases*, 83 U.S. (16 Wall.) 36 (1873).

<sup>22</sup> 134 U.S. 418, 458 (1890) (“[L]a pregunta por la racionalidad de una tarifa cobrada por transporte por una compañía ferroviaria, que toca al elemento de racionalidad tanto en lo que concierne a la compañía como en lo que concierne al público, es ciertamente una pregunta susceptible de investigación judicial, que requiere debido proceso de ley para su determinación. Si se priva a la compañía de la potestad para cobrar tarifas razonables por el uso de su propiedad y tal privación ocurre en ausencia de una investigación por la maquinaria judicial, se la está privando del uso legal de su propiedad, y en consecuencia, en sustancia y efecto, de la propiedad misma, sin debido proceso de ley y en violación de la Constitución de Estados Unidos...”).

<sup>23</sup> 198 U.S. 45 (1905).

había dictado una ley conforme a la cual ningún empleado debía “trabajar en una panadería o pastelería por más de sesenta horas en una semana cualquiera, o más de diez horas en un día cualquiera.” Según los abogados de gobierno, el objetivo de esta ley era la protección de la salud de los trabajadores y había sido dictada en el marco de las potestades de policía reservadas a los gobiernos estatales. Sin duda alguna, ella interfería con la libertad contractual de los dueños de panaderías y pastelerías y de sus empleados.

La Corte entendió que esta interferencia importaba infracción de la libertad constitucionalmente garantizada. La Corte entendió que no era suficiente que la ley se dirigiera a proteger la salud de los trabajadores, estableciendo de paso un estricto estándar de constitucionalidad:

La mera aserción de que la materia se relaciona aunque solo en grado remoto con la salud pública no hace necesariamente válida la ley. Ésta debe tener una relación más directa, como de medio a fin, y el fin en sí mismo debe ser apropiado y legítimo, antes de que pueda declararse válida una ley que interfiere con el derecho general de un individuo a la libertad de su persona y de su poder para contratar en relación con su propio trabajo...

Como se comprende, se trata éste de un estándar de constitucionalidad muy exigente, que en buena parte invierte la presunción de constitucionalidad de la ley cuando ésta interfiere con una particular comprensión de la libertad. Así lo denunció categóricamente el juez Holmes en una opinión disidente que pasaría a ser un lugar clásico del derecho constitucional estadounidense:

La libertad del ciudadano para actuar como le dé la gana mientras no interfiera con la libertad de los demás para hacer igual cosa, que ha sido el lema de algunos autores bien conocidos, resulta afectada por las leyes de educación, por la Oficina de Correos, por cada estado o institución municipal que toma el dinero del ciudadano para propósitos considerados deseables, sea o no que le guste. La Decimocuarta Enmienda no estatuye las *Social Statics* del señor Herbert Spencer... No se busca que una constitución recoja una particular teoría económica, sea ésta paternalista y de relación orgánica entre el ciudadano y el estado o de *laissez faire*. Está hecha para personas con visiones fundamentalmente diferentes, y el accidente de considerar ciertas opiniones naturales y familiares o novedosas e incluso chocantes no debe ser conclusivo en nuestro juicio sobre la cuestión de si las leyes que las recogen están en conflicto con la Constitución de Estados Unidos . . . Pienso que la palabra libertad en la Decimocuarta Enmienda resulta distorsionada cuando se decide que impide el resultado natural de una opinión dominante, a menos que se pueda decir que una persona racional e imparcial necesariamente admitiría que la ley propuesta infringiría principios fundamentales en la forma en que han sido concebidos por las tradiciones de nuestra gente y nuestro derecho . . .

La llamada era *Lochner* es de triste recuerdo en el constitucionalismo estadounidense.<sup>24</sup> Ella representa un activismo judicial extremo en contra de la voluntad mayoritaria expresada a través de la ley. La era *Lochner* hizo crisis con el programa *New Deal* del presidente Roosevelt para sacar al país de la recesión. El *New Deal* consistía en buena medida en legislación que intervenía los distintos mercados. No pasó mucho

---

<sup>24</sup> Existen sin embargo importantes esfuerzos por releer *Lochner* como un antecedente de la jurisprudencia liberal de la Corte Warren. Entre éstos cabe destacar a Hardley Arkes, *Lochner v. New York and the Cast of Our Laws*, en ROBERT P. GEORGE, ED., *GREAT CASES IN CONSTITUTIONAL LAW* (2000).



tiempo antes de que esta legislación llegara ante la Corte Suprema para su escrutinio. En un principio la Corte pareció dispuesta a moderar la jurisprudencia *Lochner*. En *Nebbia v. New York*<sup>25</sup> la Corte debió pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una ley que permitía fijar administrativamente un precio mínimo para la venta al menudeo de leche, y en virtud de la cual estaba siendo procesado criminalmente un comerciante que había vendido leche por sobre dicho precio mínimo. La Corte no acogió el reclamo de inconstitucionalidad, a pesar de que la fijación de precios parecía afectar la libertad en los términos concebidos por *Lochner*. Sin embargo, el romance entre la Corte y el *New Deal* no duró mucho. Al año siguiente la Corte inició uno de los períodos más activos de su historia. El caso paradigmático es *Morehead v. Tipaldo*,<sup>26</sup> en que la Corte invalidó una ley de Nueva York sobre salario mínimo para mujeres. La tensión política creada por la Corte llegó a un punto de quiebre.

El repliegue de la Corte comenzó en abril de 1937 con la sentencia en *West Coast Hotel Co. v. Parrish*,<sup>27</sup> en que se confirmó la constitucionalidad de una ley del estado de Washington sobre salario mínimo para mujeres. Y así llegamos nuevamente a *Carolene Products*, fallada al año siguiente. En palabras del tribunal,

se debe presumir la existencia de hechos que avalen el juicio del legislador, pues no se debe declarar inconstitucional la legislación regulatoria que afecte transacciones comerciales ordinarias, salvo que a la luz de los hechos dados a conocer o generalmente supuestos sea de tal carácter que impida la suposición de que descansa sobre algún fundamento racional (*rational basis*) que esté dentro del conocimiento y experiencia de los legisladores.<sup>28</sup>

Se comprende entonces que una de las importantes consecuencias de *Carolene Products* ha sido revertir la jurisprudencia de la era *Lochner* para tratar con deferencia la legislación económico-social. Hoy se levantan algunas voces en la academia estadounidense que denuncian la irracionalidad de la doctrina de *Carolene Products* y que exigen un escrutinio más significativo en la legislación económico-social. Entre las críticas más importantes está la del profesor Bruce Ackerman<sup>29</sup> Ackerman sostiene que la codificación de las leyes sospechosas en la *nota* descansa sobre una base errónea. No son los grupos minoritarios claramente identificables los que más difícil acceso tienen al proceso político. Precisamente porque se trata de minorías bien definidas, sus costos de organización son más bajos. El verdadero problema lo tienen los grupos que carecen de características naturales que les permitan identificarse a bajo costo. Los consumidores son un buen ejemplo. Los costos de organización de los consumidores son altísimos. En este sentido *Carolene Products* tiene algo de irónico. Lo que allí se discutía era la constitucionalidad de una ley federal que prohibía la producción y comercialización de leche envasada, o lo que nosotros conocemos como leche larga vida. Esta había sido una ley conseguida por el lobby de productores de leche, a quienes no convenía la producción de leche larga vida. Es una ley que, por otra parte, perjudica a los consumidores. Han

---

<sup>25</sup> 291 U.S. 502 (1934).

<sup>26</sup> 298 U.S. 587 (1936).

<sup>27</sup> 300 U.S. 379 (1937).

<sup>28</sup> 304 U.S. 144 (1938).

<sup>29</sup> Bruce Ackerman, *Beyond Carolene Products*, 98 HARV. L. REV. 713 (1985). Otra crítica importante se encuentra en JERRY MASHAW, *op. cit.*

pasado más de sesenta años y la prohibición sigue en vigor. ¿Debemos concluir que *Carolene Products* fue mal resuelto?

## B. Infracción Procedimental del Debido Proceso de Ley

*Carolene Products* ha sido elogiado por proponer un estándar deferente hacia el legislador y un criterio para distinguir la legislación sospechosa. Recién se ha señalado que este criterio ha sido objeto de crítica. Pero ha sido la propia historia constitucional estadounidense la que se ha encargado de demostrar que se trata de un estándar problemático. Si bien es cierto que la legislación que intervino la economía tenía por objeto ayudar a los individuos a salir del dolor en que los había sumido la depresión económica, tuvo también como consecuencia la creación de una importante dependencia de los individuos al gobierno. En otras palabras, dejó al individuo a merced de las decisiones del gobierno.

Esto puede verse con mucha claridad en un caso en que el Congreso ordenó la deportación de quienes habían militado en el partido comunista en un determinado período. Posteriormente el Congreso dictó una ley que ponía término al pago de prestaciones sociales a quienes hubieran sido deportados por la razón antedicha. Un inmigrante que había llegado al país en su adolescencia, en 1913, que había trabajado y pagado cotizaciones de seguridad social entre 1936 y 1955, que había militado en el partido comunista entre 1933 y 1939, y que había jubilado en 1955 conforme a las leyes estadounidenses, fue deportado del país en 1956 y privado de su pensión en conformidad a la legislación del Congreso. Su reclamo resultó infructuoso. La Corte Suprema resolvió que la medida legislativa se relacionaba racionalmente a un interés gubernamental permisible.<sup>30</sup> Se comprende que este estándar deferente resulta insuficiente para proteger los derechos cuando el bienestar de los individuos depende en modo importante de prestaciones gubernamentales. A poco andar la Corte fue construyendo una jurisprudencia protectora, pero lo hizo mediante la imposición de restricciones procedimentales y no sustantivas.

El caso paradigmático es *Goldberg v. Kelly*.<sup>31</sup> Los demandantes habían sido beneficiarios de programas asistenciales, pero la autoridad administrativa a cargo de dichos programas había decidido poner término a los beneficios. Los demandantes reclamaron que tal decisión, al ser tomada sin previo aviso y sin audiencia, constituía una infracción a su derecho a un debido proceso de ley. La demanda no discutía el derecho de la autoridad administrativa a poner término a los beneficios. Tal reclamación no habría tenido destino, pues es de la esencia de todo programa asistencial el que sus beneficios puedan estar sujetos a plazo o condición. Así por ejemplo, es natural que un subsidio por desempleo pueda estar sujeto a término si su beneficiario rechaza sin razón una oferta de trabajo. La reclamación de los demandantes en *Goldberg* era sólo procedimental: alegaban que poner término a la asistencia sin previa audiencia en la cual pudieran oponerse a la medida propuesta infringía su derecho a un debido proceso de ley. Como se recordará, la cláusula de debido proceso está referida a la vida, la libertad y la propiedad. En consecuencia, lo primero que los demandantes debían probar era que la medida administrativa reclamada afectaba alguno de estos intereses. El único candidato posible era la propiedad. El problema era, sin embargo, que la corte en *Flemming v. Nestor* había rechazado la idea que

---

<sup>30</sup> *Flemming v. Nestor*, 363 U.S. 603, 611s (1960).

<sup>31</sup> 397 U.S. 254 (1970).

existiera propiedad sobre derechos a prestaciones sociales.<sup>32</sup> Después de afirmar la Corte en *Goldberg* que los beneficios asistenciales constituyen “derechos legales de las personas calificadas para recibirlos[.]” el problema fue resuelto a pie de página:

Puede que hoy sea realista considerar los derechos asistenciales más como ‘propiedad’ que como una ‘gratuidad.’ Gran parte de la riqueza en este país está bajo la forma de derechos que no coinciden con los conceptos tradicionales de propiedad del derecho común. Se ha señalado con propiedad que “[A]ctualmente la sociedad se organiza en torno a derechos. El comerciante de automóviles tiene su franquicia, el médico y el abogado sus licencias profesionales, el trabajador su pertenencia a un sindicato, su contrato y su pensión, el ejecutivo su contrato y sus opciones accionarias; todos ellos son artefactos para dar seguridad e independencia. Muchos de los más importantes de estos derechos hoy provienen del Estado: subsidios a agricultores y hombres de negocio, rutas de aerolíneas y frecuencias para canales de televisión; contratos de largo plazo para defensa, espacio y educación; pensiones de seguridad social para individuos. Ya no se piensa que dichas formas de seguridad, sea privada o pública, sean meros lujos o gratuidades: para sus receptores son esenciales, del todo merecidas y en ningún sentido una forma de caridad. Sólo los derechos de los pobres, aunque reconocidos como cuestión de política pública, no han sido protegidos efectivamente.” Reich, *Individual Rights and Social Welfare: The Emerging Legal Issues*, 74 *Yale L.J.* 1245, 1255 (1965). Ver también Reich, *The New Property*, 73 *Yale L.J.* 733 (1964).<sup>33</sup>

Abandonar la forma –en este caso la forma propietaria– no es problemático; sí lo es su reemplazo. Si no es necesario afectar la propiedad para infringir la cláusula según la cual “ningún Estado privará a persona alguna de . . . la propiedad, sin debido proceso de ley” se hace necesario determinar qué clases de intereses necesariamente han de ser afectados. De lo contrario, cualquier decisión administrativa contraria a un interés privado podría dar lugar a una reclamación basada en la cláusula de debido proceso. En *Goldberg* la Corte articuló el objeto de protección de la cláusula de la siguiente manera:

El grado de debido proceso procedimental (*procedural due process*) que se debe otorgar al destinatario está influido por el grado en que pueda ser ‘condenado a sufrir una pérdida grave’ . . . y depende de si el interés del destinatario en evitar esa pérdida pesa más que el interés del gobierno en una resolución sumaria. En consecuencia, . . . “la consideración de los procedimientos que el debido proceso pueda exigir ante un conjunto dado de circunstancias debe comenzar por un examen de la naturaleza precisa de la función gubernamental de que se trata así como del interés privado que ha sido afectado por la acción gubernamental.”<sup>34</sup>

En términos del principio de ponderación, el estándar aquí aplicado sería de ponderación en sentido estricto, esto es, el juicio depende de la preferencia que deba darse a la colisión entre el interés gubernamental y el interés privado.<sup>35</sup> En la doctrina estadounidense, semejante máxima de ponderación se conoce como un ‘*balancing test*.’ Su aplicación judicial es altamente volátil, pues la ponderación está abierta a todo tipo de

---

<sup>32</sup> *Flemming v. Nestor*, 363 U.S. 603, 611s (1960). Ver texto que acompaña a nota 30 *supra*.

<sup>33</sup> *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254, 262 n. 8 (1970).

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> Cf. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales* p 111ss (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 2001).

argumentos.<sup>36</sup> Es probable que en ausencia de una práctica de *stare decisis* (obligación de respetar el precedente), el recurso a máximas de ponderación equivalga a la renuncia a la posibilidad de una jurisprudencia constitucional racional. La doctrina del *stare decisis* compensa la apertura de las máximas de ponderación al obligar a los jueces a tomar en consideración los resultados de ponderaciones judiciales anteriores. En todo caso, volviendo al estándar de control del debido proceso de ley para la afectación de intereses propietarios, éste fue precisado en *Board of Regents v. Roth*.<sup>37</sup> En *Roth* la Corte aclaró que se trataba de un *balancing test* solo en parte. En efecto, son dos las preguntas que deben responderse: (1) ¿ha sido afectado algún interés propietario?, y en caso afirmativo (2) ¿cuál es el procedimiento que la cláusula del debido proceso de ley exige para afectar legítimamente dicho interés? En *Roth* la Corte afirmó que solo la respuesta a la segunda pregunta exigía aplicar ponderación: “desde hace ya tiempo, un proceso de ponderación ha sido parte de cualquier determinación del tipo de audiencia exigido en situaciones específicas de debido proceso procedimental.”<sup>38</sup> Sin embargo, la Corte destacó que la respuesta a la primera pregunta exigía aplicar un estándar categórico: “para determinar si los estándares del debido proceso son aplicables, no debemos atender al ‘peso’ sino a la naturaleza del interés en cuestión.”<sup>39</sup> En otras palabras, para efectos de la cláusula del debido proceso en su versión procedimental, el universo de los intereses individuales puede clasificarse bajo cualquiera de los siguientes dos códigos binarios:

intereses no propietarios / intereses propietarios  
intereses que no califican como de libertad / intereses de libertad<sup>40</sup>

La Corte en *Roth* confesó una reticencia a definir la libertad, pero citando una jurisprudencia anterior señaló ejemplos de intereses de libertad protegidos por la cláusula:

libertad de coacción corporal . . . derecho de la persona a contratar, a dedicarse a cualquier ocupación normal de la vida, a adquirir conocimiento útil, a casarse, establecer un hogar y criar hijos, a alabar a Dios de acuerdo a los dictado de su propia conciencia y, en general, a gozar de todos los privilegios reconocidos por largo tiempo . . . como esenciales a la búsqueda ordenada de la felicidad por parte de hombres libres.<sup>41</sup>

Aplicado a los hechos de la causa, la Corte entendió que la decisión de no recontractar a una persona después de vencido el término por el cual fue contratado solo afecta su libertad protegida por la Decimocuarta Enmienda cuando perjudica las posibilidades de trabajo futuras de dicha persona.

El estándar fue precisado aun más en el asunto *Mathews v. Eldridge*.<sup>42</sup> Allí, la Corte concluyó que el examen para determinar el tipo de procedimiento que la cláusula del debido proceso demanda para afectar legítimamente un interés propietario o de libertad protegido por la Quinta o la Decimocuarta Enmienda está compuesto de tres factores:

---

<sup>36</sup> Ver 7T. Alexander Aleinikoff, “Constitutional Law in the Age of Balancing,” *Yale Law Journal* vol 96 p 943 (1987).

<sup>37</sup> 408 U.S. 564 (1972).

<sup>38</sup> *Id.* 570.

<sup>39</sup> *Id.* 570s.

<sup>40</sup> Es sintomático que en *Roth* ni siquiera se mencione la vida como uno de los intereses protegidos por la cláusula de debido proceso. Ver el texto que acompaña a la nota a pie 13.

<sup>41</sup> 408 U.S. 564, 572 (1972) (citando a *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390, 399 (1923)).

<sup>42</sup> *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976).

Primero, el interés privado que resultará afectado por la acción estatal; segundo, el riesgo de una privación errónea de dicho interés mediante los procedimientos usados, y el valor probable, si es que lo hay, de salvaguardas procedimentales adicionales o alternativas; y, finalmente, el interés del gobierno, incluida la función de que se trata y la carga fiscal y administrativa que los requisitos procedimentales adicionales o alternativos importarán.<sup>43</sup>

En otras palabras, la determinación de que tipo de procedimiento administrativo debe usarse antes de afectar un interés privado, es algo que solo puede determinarse después de ponderar la importancia del interés privado afectado, el riesgo de afectación, y el interés público, incluido el costo de los procedimientos debidos. No puede objetarse a la Corte Suprema de Estados Unidos el haber sido ciega al hecho de que una sociedad no está dispuesta a pagar cualquier costo para proteger cualquier interés individual.

### C. Conclusión

La jurisprudencia reseñada puede ser objeto de una doble crítica. Al abandonar la forma, particularmente en lo que a la propiedad se refiere, la Corte Suprema de Estados Unidos ha permitido invocar la cláusula del debido proceso para proteger intereses privados de un modo similar a como ha ocurrido en Chile a través de la figura de la propiedad sobre cosas incorpóreas. Esta renuncia a la forma ha significado que la Corte se ha convertido en árbitro que determina qué intereses privados son dignos de protección constitucional. Esta ausencia de forma crea incertidumbre en el legislador. Éste, al crear un beneficio legal y un procedimiento para su obtención, suspensión y terminación, no puede confiar en la forma para saber si su ley será declarada conforme o contraria a la Constitución Política. Por otra parte, la ponderación de los intereses colectivos frente a los intereses privados es también una función que ejerce la Corte y que difícilmente puede someterse a parámetros objetivos. En consecuencia, aun sabiendo el legislador que una determinada ley puede afectar un interés privado, carece de los parámetros que le permitan establecer anticipadamente cuál es el procedimiento constitucionalmente requerido: no hay más alternativa que correr el riesgo y esperar que la Corte coincida con la ponderación de los órganos políticos.

Estas críticas llevan a pensar que el examen de racionalidad de la legislación es un ejercicio más bien arbitrario, y que por tanto no corresponde confiarlo al poder judicial. Existe sin embargo otra forma de mirar esta jurisprudencia. Esta forma no se concentra en la relativa flexibilidad de los estándares de control aplicados, sino más bien en la forma en que dichos estándares articulan el discurso público. En tal sentido, es posible que la jurisprudencia referida haya enriquecido la forma en que la opinión pública estadounidense concibe los derechos individuales y los costos que la sociedad debe pagar para su mayor protección compatible con el logro de fines colectivos. Si la Corte efectivamente ha contribuido a enriquecer la opinión pública, el examen de racionalidad de la legislación no sería un ejercicio puramente irracional.

---

<sup>43</sup> *Id.* 335.