

METODOLOGÍA Y METÁFORA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Robert Burt¹

(Traducción por LL. M. Lorenia Trueba Almada)

El Derecho constitucional obviamente es parte del Derecho público más que del Derecho privado; sin embargo, el modo de pensar dominante en los Estados Unidos de América trata al Derecho constitucional como si fuera una especie de Derecho privado. La principal metáfora que guía la comprensión teórica del papel del control jurisdiccional del Derecho constitucional es tomada del Derecho privado, específicamente del Derecho de los contratos. Es decir, la interpretación judicial y la aplicación de los contratos privados y de las disposiciones constitucionales son vistos generalmente como tareas esencialmente análogas. Sin embargo, creo que la metáfora contractual del Derecho privado aplicada al Derecho público es fundamentalmente desorientadora cuando se quiere lograr un entendimiento adecuado del papel del control jurisdiccional en el Derecho constitucional. El principal propósito de este ensayo es proponer una metáfora diferente e identificar una metodología de la resolución jurisdiccional de casos concretos que mejor resulte como consecuencia de dicha metáfora.

La manera en que los teóricos contemporáneos conciben la metodología del Derecho constitucional está generalmente determinada por la metáfora del Derecho de los contratos privados. En los debates actuales sobre el control jurisdiccional, al menos en los Estados Unidos, hay dos métodos que son comúnmente yuxtapuestos, como si, por una parte, fueran inconsistentes uno respecto del otro y, por otra, no existiera ninguna alternativa, excepto la elección entre uno u otro método. Dichos métodos son lo que podemos llamar, para resumir, el método histórico y el filosófico. El método histórico insiste en que la meta de un juez es identificar las intenciones de los autores originales del documento constitucional y hacer valer tales intenciones en controversias específicas, que puedan ser sometidas a litigio.² El método filosófico sostiene que dicha meta es demasiado estrecha y que la meta adecuada de un juez ha de comenzar

¹ Profesor Alexander M. Bickel de Derecho, en la Universidad de Yale, Estados Unidos.

² Los miembros del Poder Judicial más prominentes que se adhieren a esta metodología son el Ministro Antonin Scalia (ver por ejemplo su artículo "Originalidad: el menor de los males" 57 Universidad de Cincinnati. Revista de Derecho n° 849, 1989) y el Juez Robert Bork (ver por ejemplo su libro *La tentación de América: La seducción política del Derecho*, Free Press, Nueva York, 1990).

por los principios abstractos expresados en el documento constitucional (tales como “igualdad”, “libertad”, “dignidad humana”) y elaborar sus consecuencias en controversias litigiosas específicas. Es decir, desarrollar una elaboración que los autores originales pudieron o no haber previsto explícitamente, pero que es una extensión lógica y fidedigna de los principios que dichos autores suscribieron originalmente³.

Ambos métodos señalados tratan a la Constitución escrita como si fuera un contrato. La supuesta diferencia entre estos dos métodos radica en la cuestión sobre si los jueces deben restringirse a sí mismos a los términos expresamente acordados en el contrato o deben confiar en los principios generales que habían sido acordados por las partes, aunque estas últimas no hubiesen previsto cómo tales principios debían ser aplicados a la controversia en cuestión. Sin embargo, existe una diferencia fundamental entre un documento constitucional y un contrato mercantil ordinario entre dos partes. En sentido amplio, la diferencia consiste en que es razonable asumir que al alcanzar un acuerdo inicial y expresar dicho acuerdo en un contrato escrito, las partes contratantes solucionan más o menos el problema que los vincula. (Así, por ejemplo, yo quiero comprar un coche y tu quieres vender un coche y entonces acordamos fijar un precio). Las partes pudieron no haber previsto cada aspecto de la solución; pero, no obstante, sería correcto decir que las partes resolvieron la cuestión entre ellas, al menos en términos generales. Y, en cualquier caso, aunque aspectos substanciales relativos a la controversia no fueron tratados en las negociaciones iniciales, es apropiado asumir que dichos aspectos podrían haber sido resueltos desde un principio, si las partes hubieran pensado y discutido más rigurosamente sobre sus circunstancias particulares. (El coche que me vendiste no tiene llanta de refacción; ¿Podrían tanto un comprador como un vendedor razonables asumir que un coche lleva dentro una llanta de refacción?)

Sin embargo, es fundamentalmente desorientador acercarse a un documento constitucional con esas mismas presuposiciones. Creo que es mucho más iluminador y más fiel al carácter subyacente y esencial del control jurisdiccional comenzar suponiendo que al redactar el documento constitucional, sus autores no resolvieron el problema al que intentaron dirigirse y, más importante aún, que el problema era fundamentalmente irresoluble –que los autores de la Constitución no podían haber resuelto

³ Ronald Dworkin es probablemente el expositor contemporáneo más prominente de esta metodología (ver por ejemplo su libro *El imperio del Derecho*, Harvard University Press, Cambridge, MA., 1990; aunque Dworkin en forma más tendenciosa se califica a sí mismo como un representante de “la parte del principio”, en contraste con la postura de Scalia y Bork de “parte de la historia”; ver el artículo de Dworkin “Sexo, Muerte y los Tribunales”, *The New York Review*, 8 de agosto de 1996, p. 44.

el problema aunque estuvieran dispuestos, inclusive desesperadamente dispuestos a hacerlo.

Constituciones y Guerra Civil

Permítanme ilustrar lo que quiero decir, refiriéndome a la experiencia de un país, Sudáfrica, que recientemente ha adoptado una Constitución escrita, con una disposición para su aplicación vía jurisdiccional. Me parece que la nueva estructura gubernamental de Sudáfrica es un logro casi milagroso. Tan sólo unos cuantos años atrás, hubiera sido difícil encontrar a cualquier observador político, dentro o fuera de Sudáfrica, que hubiera podido predecir con toda seguridad que la Guerra Civil debía evitarse. La creación de un gobierno de mayoría negra, bajo el régimen de una Constitución escrita que contiene garantías específicas para la protección de los intereses esenciales de la minoría blanca es un triunfo de la política. Sin embargo, en los antecedentes de dicho documento constitucional hay una historia específica de opresión brutal de la minoría blanca sobre la mayoría negra. Las palabras inscritas en el documento fueron, en efecto, propuestas por los negros y aceptadas por los blancos como promesas de que una relación nueva y fundamentalmente diferente fundamentada en tolerancia mutua y, quizá, incluso en el respeto y la confianza, que reemplazaría y cancelaría los anteriores y profundos antagonismos y desconfianzas.

Puesto en términos más simples, el problema que enfrentaron los autores de la Constitución de Sudáfrica era, por un lado, evitar la guerra civil, es decir, si los blancos podían renunciar a sus ventajas ilegítimas, basadas en la supresión efectiva de los negros y si los negros podían renunciar al uso vengativo de la fuerza en contra de sus antiguos opresores y, por otro lado, cómo lograr esta renuncia mediante instituciones específicas y confiables. Su Constitución era la respuesta; pero un problema de esta magnitud no puede ser definitivamente resuelto con palabras en un documento, por muy solemnemente que sea escrito. El documento también contiene un mecanismo para su interpretación y aplicación: una Corte constitucional que ejerce el control jurisdiccional. Pero aquí tampoco es realista, incluso es fatuo creer con fiadamente que los juicios emitidos por esta Corte serán instrumentos efectivos para evitar la guerra civil. Esto no significa sostener que las sentencias de la Corte son irrelevantes para poder alcanzar esa meta. Pero si comprendemos la verdadera dimensión del problema al que se dirige esta Constitución escrita, es decir, si vemos a la Constitución como una promesa de no recurrir a la guerra civil, entonces veremos lo difícil, lo delicado y, si presionamos hasta la última prueba de fuerza, incluso la imposibilidad, de hacer cumplir esta promesa jurisdiccionalmente.

Si percibimos la tarea del control jurisdiccional desde esta perspectiva, podemos ver que tan errado es pensar en la interpretación constitucional como si fuera simplemente otra especie de la aplicación coactiva de los contratos. En un litigio referente a la aplicación coactiva de contratos privados, las partes contendientes prácticamente nunca se ven a sí mismas haciendo valer cuestiones sobre la legitimidad básica de su sistema de gobierno; en un litigio en materia de contratos privados, ambas partes asumen la legitimidad del sistema y su aplicación obligatoria vinculante sobre ellas. En el litigio constitucional, la pregunta de la legitimidad fundamental está siempre presente dentro de la disputa entre las partes, al menos implícitamente y, frecuentemente, de manera explícita. Cuando una de ellas cuestiona la constitucionalidad de un acto emitido por una mayoría legislativa, dicha exigencia se constituye como una acusación de que la mayoría ha violado los términos fundamentales en los que se había sustentado una relación pacífica y mutuamente obligatoria entre la mayoría y la minoría.

Resulta lógicamente posible interpretar dicha exigencia como si fuera el equivalente a una acción ante un órgano jurisdiccional por la violación de un contrato. Pero resulta mucho más ilustrativo usar una metáfora diferente, una metáfora del Derecho público para caracterizar esta controversia en el Derecho constitucional. Es mucho mejor hacer la analogía entre constituciones y tratados celebrados entre naciones independientes (previamente en conflicto), que pensar en aquellas como contratos entre particulares.

Hay, por supuesto, una manifiesta diferencia entre los tratados internacionales y las constituciones nacionales. Para los tratados internacionales no existe un órgano de aplicación reconocido con facultades vinculantes y coercitivas sobre las partes en conflicto. Los tratados internacionales siempre se ubican en el límite del Derecho con la anarquía. Si una controversia se presenta dentro del marco de aplicación de un tratado y una de las partes se niega a reconocer la facultad de interpretación vinculante y coactiva de la Corte Internacional en la Haya o de algún otro tribunal internacional, todo el mundo entiende que no existe medio alguno disponible para la contraparte, excepto la medidas vindicativas y la guerra más o menos abierta. En años recientes, se han hecho esfuerzos tanto en Naciones Unidas, como en la negociación de tratados regionales, para crear órganos supranacionales encargados de la aplicación coactiva; pero los intereses particulares de cada Estado-Nación han bloqueado de manera importante el completo desarrollo de tales esfuerzos. Ahora bien, no sostengo que la naturaleza misma del Derecho internacional público impida la existencia de tales órganos supranacionales. Solamente quiero decir que el régimen del Derecho internacional público todavía existente

asume claramente la postura de que, en última instancia, los tratados son respetados en la medida que las partes decidan hacerlo.

Uno podría inmediatamente argumentar que esta analogía con el Derecho internacional no se aplica a las constituciones locales que comúnmente contienen disposiciones que establecen órganos con una facultad coercitiva claramente reconocida sobre las partes en conflicto, cada vez que estas estén en desacuerdo respecto de los términos del documento constitucional. Por supuesto que esto es cierto en el caso de las constituciones que contienen disposiciones sobre un control jurisdiccional. Pero desde mi punto de vista, ello es cierto solamente superficialmente y en el caso de tales documentos constitucionales. Las disposiciones sobre control jurisdiccional en las constituciones locales es un intento por hacer que las mismas aparezcan como contratos comunes, un intento por domesticarlas, de la misma manera en que el dueño de una casa trata de domar un animal salvaje que vive en su casa. El control jurisdiccional es una máscara utilizada para cubrir los documentos constitucionales, a fin de disfrazar su semejanza con los tratados internacionales, en los que las partes permanecen como jueces últimos para decidir qué obligaciones aceptar y cuáles no.

Sudáfrica es un muy buen, pero no es el único, ejemplo de esta característica presente en las constituciones que tienen disposiciones explícitas sobre control jurisdiccional. Desde el final de la Segunda Guerra Mundial, muchas nuevas constituciones nacionales han sido expedidas con disposiciones explícitas sobre control jurisdiccional; y muchas de ellas tienen estas mismas características implícitas similares a las de un tratado.

Consideremos ahora la Constitución de la República Federal Alemana promulgada en 1948. Este documento era y, afortunadamente, sigue siendo hoy en día, un compromiso contra la repetición de las aterradoras opresiones infligidas por el gobierno nazi sobre las minorías vulnerables en Alemania. ¿Pero quién podía garantizar y cómo podía garantizarse que otro gobierno debidamente electo, como lo había sido previamente el gobierno nazi, no violara este compromiso? Seguramente una Constitución es un instrumento débil para lograr este propósito de protección.

Su debilidad era evidente incluso desde el momento mismo de la creación del tribunal especializado que resulta ser la Corte Constitucional Alemana. En principio era concebible que la tarea de la aplicación jurisdiccional de la Constitución debía ser asignada a jueces comunes en el curso ordinario del litigio. Esta es la estructura del control jurisdiccional en los Estados Unidos, madre de todas las constituciones escritas y aplicables jurisdiccionalmente. Pero aunque esto fue en principio aceptable para la Constitución alemana, en la práctica, esta alternativa era inadecuada al menos por dos razones: una es que los jueces alemanes (como de hecho todos los jueces civiles en Europa) son servidores públicos de carrera, que están profesional e

intelectualmente inclinados a estar profundamente identificados con los supuestos positivistas sobre la conveniencia y necesidad de la obediencia a la autoridad legal constituida. Estas actitudes son completamente opuestas a las actitudes apropiadas para aplicar las garantías constitucionales en contra de actos gubernamentales legislativos o ejecutivos. Pero si las tradiciones jurídicas de un país han condicionado históricamente a sus jueces a tener una excesiva deferencia hacia la autoridad constituida, ¿Cómo podría la creación de un tribunal especializado romper convincentemente con esta tradición? Quizá esta mágica transformación es posible; quizá el impacto de los abusos nazis cometidos precipitaría este cambio; pero una vez más, quizá no.

Había un segunda y más apremiante razón práctica para crear un tribunal constitucional especializado para aplicar la nueva Constitución alemana. Si el precedente de los Estados Unidos hubiera sido seguido como ejemplo y la tarea de aplicación hubiera sido asignada a jueces comunes ¿Cómo hubiera sido posible distinguir esa tarea, de manera convincente y demostrable, del desacreditado y terrible régimen nazi? El problema básico ahí era que los jueces comunes en funciones durante el nuevo régimen habían sido jueces durante el viejo régimen y muchos, quizá la mayoría o quizá incluso todos, habían estado involucrados en algún grado en las injusticias cometidas por ese régimen. Por lo tanto, se requería un nuevo tribunal, libre del vergonzoso pasado opresivo. Pero, ¿quién entonces integraría este nuevo tribunal? Y como dice la conocida frase, ¿quién vigilará a los vigilantes?

Este no era un problema exclusivo de Alemania después de la Segunda Guerra Mundial. Motivos similares subyacen detrás de las cortes constitucionales especializadas creadas en la Constitución italiana promulgada en 1947 y en la Constitución española expedida en 1978, tan sólo dos años después de la muerte de Franco, como una promesa esperanzadora de que la guerra civil y la subsecuente opresión de los perdedores vulnerables no se repetiría en ese país.⁴ Parece que todos estos tribunales especializados no han sido presididos por jueces profesionales sino, en la mayoría de los casos, por profesores de Derecho. Pero por mucho que me complazca esta confianza en mis colegas académicos debo, no obstante reconocer que el estatus del profesor de Derecho no es una garantía automática de independencia, audacia, visión y todos los demás atributos que quisiera que tuviera el garante de mis derechos fundamentales.

No hago esta observación como una crítica a algún juez en alguna corte

⁴ Para una excelente discusión sobre las características de los tribunales constitucionales especializados en la Europa moderna, ver generalmente Víctor Ferreres-Comella, *Control jurisdiccional de la legislación en una democracia parlamentaria: el caso de España* (tesis de Doctorado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Yale, 1996, próxima publicación).

constitucional con el que esté familiarizado. Sino que narro esta historia para subrayar un patrón recurrente que tiene tres características: primera, que muchas constituciones modernas con disposiciones explícitas sobre control jurisdiccional han surgido de amargas experiencias nacionales con una abierta guerra civil o con la inminente amenaza de la misma, en la que la parte más débil había estado sometida a esa amenaza o a la realidad de una opresión brutal; segunda, que estas constituciones fueron promulgadas a fin de evitar o resolver la guerra civil, en términos tales que pudieran asegurar a los combatientes que podrían vivir juntos de manera pacífica y dejando atrás la hostilidad activa y la corrosiva sospecha mutua, que habían sido características de sus relaciones pasadas inmediatas y, tercera, que de algún modo, y en algún lugar dentro del país, podrían encontrarse jueces respetables, que se ubicaran a sí mismos más allá de esas ante-rioras batallas y aplicaran las nuevas reglas a todos los combatientes de manera imparcial, más que hacerlo como otro partidario más en la guerra civil todavía existente.

No estoy suficientemente familiarizado con los orígenes históricos de las constituciones latinoamericanas que tienen disposiciones sobre control jurisdiccional, como para saber si ellas también ejemplifican este patrón que he identificado. Sin embargo, para los propósitos analíticos de este ensayo, la pregunta importante no es si he identificado una verdad histórica universal sobre los orígenes constitucionales, la cuestión es determinar cuáles son las consecuencias que se derivan de pensar acerca del control jurisdiccional en esos países, cuyas constituciones han surgido de la experiencia de la guerra civil, tal y como lo he sugerido.

La relevancia del ejemplo de los Estados Unidos

Por muy preciso que sea mi relato respecto de los orígenes de las constituciones en Sudáfrica, España, Alemania o Italia, parecería que mi generalización no se aplica en el caso de los Estados Unidos. Nuestra Constitución fue redactada por los revolucionarios triunfantes, quienes se habían liberado de la autoridad colonial de Gran Bretaña y podría parecer que el problema tratado en nuestra Constitución no fue, como en otros países, el establecer mecanismos para que los antiguos combatientes civiles pudieran vivir juntos en armonía. Ese problema fue solucionado, aparentemente, rompiendo toda relación entre los antiguos combatientes, esto es, terminando la relación colonial con Gran Bretaña y a través de la emigración semi-voluntaria y semi-forzada de los simpatizantes de los colonizadores británicos fuera de los Estados Unidos.

Sin embargo, este relato histórico no es tan sencillo como parece. Para aquellos que conocen bien la historia, está claro que, como lo ha dicho un distinguido historiador americano, el conflicto de los colonos con la

auto-ridad británica no fue simplemente una lucha por el derecho al “autogobierno”, sino que, de manera más fundamental, fue una lucha dentro de las colonias americanas sobre la cuestión de “quién debe gobernar en casa”⁵. La irrupción de la guerra colonial en contra de Gran Bretaña fue, desde esta perspectiva, una desviación de la atención y energía de una incipiente guerra civil en casa, hacia un enemigo extranjero, contra el cual se podían unificar todos los combatientes locales. Por ende, cuando nuestra guerra revolucionaria concluyó exitosamente, el nuevo Estados Unidos experimentó un vigoroso sentimiento de unidad nacional, que llevó hacia la redacción de nuestra Constitución - un sentimiento que más o menos se mantuvo durante el tiempo de toda una generación, desde 1776 hasta mediados de la década que inicia en 1820.

Para mis propósitos en este ensayo, la parte más interesante del relato de los Estados Unidos es aquella sobre los orígenes y papel del control jurisdiccional en nuestro esquema constitucional. En el resto de este ensayo limitaré mis ejemplos específicamente a la experiencia de los Estados Unidos por tres razones: primera, porque esa experiencia histórica confirmará el patrón que ya he identificado en otros países, respecto del origen del control jurisdiccional en la guerra civil; segunda, porque la Suprema Corte de Estados Unidos ha tenido una experiencia mucho más prolongada en el manejo de las consecuencias que conlleva dicho origen en los tribunales constitucionales en otros países y, tercera, y más importante, que esta experiencia jurisdiccional de Estados Unidos ofrece, en su mayor parte, una lección negativa. Este último punto no es comúnmente retomado por los impulsores convencionales de la Constitución de los Estados Unidos, ni por nuestros imperialistas culturales de la Barra de Abogados, quienes deambulan por el mundo proclamando orgullosamente que fuimos el primer país en tener una constitución escrita, con un poder judicial independiente y que los otros países, amantes de la libertad, deberían seguir nuestro noble ejemplo. Estoy de acuerdo con que otros países pueden aprender de la experiencia de los Estados Unidos; pero lamento tener que llegar a la conclusión de que, con ciertas excepciones notables, nuestra experiencia constitucional debe servir más como una advertencia sobre los caminos a evitar, que como un modelo a seguir por otros países.

Permítanme comenzar entonces con una versión corta de los orígenes históricos del control jurisdiccional en la Constitución de los Estados Unidos. Es un hecho sorprendente el que la Constitución de Estados Unidos no reconozca explícitamente la facultad de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos para resolver los casos sobre constitucionalidad de la legislación expedida por nuestro Congreso nacional. Cuando enseñé De-

⁵ Carl Becker, *La historia de los partidos políticos en la provincia de Nueva York. 1760-1776*, University of Wisconsin Press, Madison, WI, 1968, p. 22.

recho constitucional a los estudiantes de Derecho de primer año, siempre empiezo la primera clase preguntándoles en qué parte del texto constitucional encuentran la facultad de la Suprema Corte para declarar la inconstitucionalidad de los actos del Congreso. Los estudiantes de Derecho son un grupo ingenioso y alguno siempre encuentra algún respaldo textual de dicha facultad jurisdiccional en una u otra disposición del documento. Pero dicho respaldo es siempre enredado; nunca es directo, nunca está expresado en el mismo tipo de inglés común que encontramos, por decir, en el otorgamiento de la facultad al Congreso para “establecer y recabar impuestos” o para “regular el comercio con las naciones extranjeras y entre los diversos Estados”. Mis alumnos del primer año siempre se sorprenden ante esta ausencia de una facultad de control jurisdiccional explícita en nuestra Constitución, ya que esta institución se ha entrelazado profundamente con la comprensión que de dicho documento tienen todos.

La ausencia de una facultad de control jurisdiccional expresa no impidió, por supuesto, que el Ministro John Marshall, Presidente de la Corte, reclamara la titularidad de dicha facultad en el famoso caso *Marbury vs. Madison*.⁶ Al afirmar que la facultad de control jurisdiccional estaba clara y obviamente implícita en la Constitución, tanto así que ni siquiera necesitaba ser mencionada, Marshall dijo que “la Constitución era una ley” y, dado que era obviamente “competencia y deber del Poder Judicial decir que es o no Derecho”, luego entonces, los tribunales eran obviamente los intérpretes supremos del Derecho de la Constitución”. Esta fue la primera aparición en nuestra jurisprudencia del vínculo metafórico entre Derecho privado y Derecho constitucional. Sin embargo, la metáfora era cuestionable ya desde el principio. Por supuesto que la Constitución puede ser concebida como una ley; pero no como una ley ordinaria, es una “ley fundamental” y esta diferencia puede significar que las funciones jurisdiccionales ordinarias al interpretar el Derecho privado, no necesariamente deben hacerse extensivas a la jurisprudencia constitucional.

Por muy débil que pudiera ser la lógica de Marshall –y observar cómo los estudiantes de primer año exponen dicha debilidad es uno de los placeres especiales que brinda el enseñar Derecho constitucional norteamericano– esa lógica es la dominante en nuestra jurisprudencia hoy en día. Sin embargo, los contemporáneos de Marshall no fueron engañados por su cuestionable lógica. Prácticamente al mismo tiempo que Marshall formulaba su aseveración en *Marbury*, Thomas Jefferson y James Madison hacían reclamos públicos en favor de una concepción muy distinta de la facultad institucional respecto de la interpretación constitucional; en resoluciones emitidas por las legislaturas de Kentucky y Virginia en 1798 (tal y como fueron redactadas por Jefferson y Madison) se establecía

⁶ 5 U.S. 137 (1803).

que las legislaturas locales, y no la Suprema Corte de los Estados Unidos, tenían la facultad última para determinar cuál era el significado de las disposiciones controvertidas de la Constitución.⁷ Esta fue la primera aparición en nuestra jurisprudencia constitucional de la metáfora del tratado, como un modo de concebir la Constitución. Eso es, que los Estados eran concebidos como las partes originales que suscribieron la Constitución; y, en ese sentido, Jefferson y Madison sostenían que, los Estados de la Unión, a fin de protegerse a sí mismos en contra de la opresión por parte del gobierno nacional, se habían reservado su facultad independiente última para interpretar la Constitución –esto es, como si la Constitución fuera un tratado entre Estados soberanos.

Las dos metáforas –la del Derecho privado y la del tratado– se mantuvieron más o menos como competidoras iguales hasta después de la Guerra Civil americana. La ausencia en la Constitución de una indicación explícita alguna respecto de la titularidad de la facultad interpretativa suprema dio un amplio espacio a los partidarios de ambos grupos para mantener sus posturas. Mi personal punto de vista es que la Constitución misma, tal y como fue originalmente redactada en 1787, era ambigua respecto de esta cuestión y probablemente lo era intencionalmente, al menos por dos razones: primera, porque realmente era un dilema considerable el decidir a quién podría confiársele el ejercicio de la facultad interpretativa suprema, sin que por ello se convirtiera en un órgano autoritario, opresor y que se beneficiase sólo a sí mismo; y segunda, porque durante el todavía existente (aunque considerablemente reducido) resplandor de unidad nacional, al menos entre las élites coloniales que habían dirigido la guerra revolucionaria en contra de Gran Bretaña, los redactores de la Constitución aún tenían esperanzas de que se podían dar el lujo de dejar esta cuestión sobre la facultad última sin resolver. Para poner este asunto en términos más simples, los redactores originales de la Constitución de Estados Unidos creyeron (y yo diría, más aún, comprendieron) que el problema de designar a un depositario seguro de la facultad interpretativa última era un problema irresoluble –tanto, en principio, como una cuestión de teoría política como una cuestión práctica de Estado. Creían que podían permitirse dejar este problema sin resolver (o por lo menos, no podían pensar en ninguna mejor solución que dejar el problema sin resolver).⁸

El problema se mantuvo sin solución pero relativamente silencioso en la vida pública de los Estados Unidos hasta justamente cuatro años antes de la irrupción de nuestra guerra civil. La Suprema Corte nunca abandonó su pretensión de poseer la facultad interpretativa suprema; pero fuera de

⁷ Ver, Robert Burt, *La constitución en conflicto*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1992, pp. 69-72.

⁸ Desarrollé estas observaciones en *La constitución en conflicto*, *idem.*, pp. 47-67.

la proclamación inicial respecto de dicha facultad en el caso *Marbury vs. Madison*, en el cual la Corte invalidó un acto extremadamente trivial del Congreso referente a la controversia entre la jurisdicción originaria y la jurisdicción de alzada de la Suprema Corte en una categoría limitada de casos, la Corte no volvió a ejercer esta facultad sino hasta 1857 –hasta la decisión fatal de la Corte en el caso *Dred Scott vs. Sandford*,⁹ la cual fue responsable, más que cualquier acto de cualquier otro órgano nacional o estatal, de precipitar la guerra civil. Durante el período comprendido entre 1803 a 1857 aquellos que pugnaban por los derechos de los Estados insistían cada vez más en que la metáfora del tratado de Jefferson y Madison era el modo apropiado de concebir la Constitución de Estados Unidos. Y fue esta metáfora la que guió a los Estados del sur en su decisión de retirarse de la Unión en 1861; esta metáfora fue la base de los reclamos de los Estados del sur, en el sentido que la Constitución misma les otorgaba el derecho independiente de retirarse de la Unión, sin que ninguna institución del gobierno federal (judicial, legislativa o ejecutiva) tuviera facultad de prevalecer sobre ese derecho.

Los Estados del sur fueron, por supuesto, derrotados en la guerra civil. Supongo que uno podría argumentar que, junto con su derrota militar, fue también anulada de nuestra jurisprudencia la exigencia fundamental del sur de que nuestra Constitución debía ser concebida como un tratado más que como un contrato de derecho privado. En un sentido formalista, esta es una aseveración verdadera. Tres enmiendas fueron agregadas a la Constitución de Estados Unidos al final de la guerra –la decimotercera enmienda que abolió la esclavitud, la decimocuarta enmienda que requirió a todo Estado respetar la igualdad de toda persona bajo su jurisdicción y la decimoquinta enmienda que prohibió la discriminación racial en el derecho al voto. Se requirió a los Estados del sur que otorgaran su consentimiento a estas enmiendas constitucionales como una de las condiciones de su rendición incondicional. Pero los vencedores del norte comprendieron que enfrentaban un problema difícil para asegurar la aplicación coactiva de tales enmiendas. El Congreso que había aprobado dichas enmiendas no tenía miembros de los Estados confederados rebeldes; pero una vez que los derrotados Estados del sur reasumieran su elección de miembros del Congreso de Estados Unidos, ¿Qué seguridad habría de que el nuevo Congreso reconstituido no votaría para revocar las garantías de igualdad de las personas negras que habían sido ganadas en la guerra civil? Por consiguiente, los vencedores del norte pusieron muy claro, especialmente en la decimocuarta enmienda, que la Suprema Corte haría cumplir coac-

⁹ 60 U.S. 393 (1857).

tivamente la garantía de igualdad –no sólo en contra de los Estados, sino también en contra del Congreso nacional.

Esa disposición fue el primer reconocimiento explícito en nuestro texto constitucional del principio de la supremacía del Poder Judicial en la interpretación y aplicación coactiva del documento. Este fue el momento del triunfo para la concepción de la Constitución como un contrato, en el cual un poder judicial independiente determinará si una de las partes o la otra han violado su obligación y ordenará su cumplimiento a quien la violó. Esta historia confirma el patrón que había identificado al referirme a los orígenes del control jurisdiccional en otros países después de la Segunda Guerra Mundial; en los Estados Unidos, en el siglo diecinueve, la institución del control jurisdiccional se estableció como una respuesta específica a la guerra civil, tal como lo hizo en el siglo veinte en muchos otros países.

Lecciones negativas de la experiencia de Estados Unidos.

Existen varias ironías extraordinarias en la experiencia de Estados Unidos que apuntan hacia una advertencia, hacia una lección negativa acerca del control jurisdiccional que debería atemperar cualquier entusiasmo acrítico respecto de esta institución. La primera ironía histórica es que los vencedores del norte designaron a la Suprema Corte como la protectora de su victoria en la Guerra Civil tan sólo diez años después de que los mismos del norte habían condenado a la Suprema Corte por su sentencia en el caso Dred Scott, una decisión que, como se ha mencionado, hizo más por precipitar la Guerra Civil que cualquier otro evento, por sí solo. En el caso Dred Scott, la Suprema Corte había decidido que los esclavos eran de hecho propiedad privada de sus dueños y toda vez que la Constitución protegía a la propiedad privada en contra del decomiso hecho por el Estado, el Congreso de los Estados Unidos no podía prohibir a los esclavistas del sur el llevar a sus esclavos hacia los territorios que estaban por convertirse en nuevos Estados de la Unión. Esta cuestión sobre el estatus de los esclavos en los nuevos territorios de los Estados Unidos había sido debatida en el Congreso prácticamente desde el comienzo de la República en 1787; y para 1857 cuando la Suprema Corte decidió el caso Dred Scott, esta cuestión se había convertido en el principal asunto controvertido de nuestra vida política. Los esclavistas del sur estaban demandando que los del norte reconocieran la legitimidad de sus reclamos sobre la propiedad de esclavos; los del norte se rehusaban a aceptar estas demandas por varias razones. Una mayoría en la Suprema Corte insistía en que dicho asunto podía ser resuelto de una vez por todas y, de esa manera, evitar una guerra civil. La Corte eligió otorgar la victoria absoluta a los del sur y condenó a los del norte a obedecer esa decisión. El norte irrumpió en

furia frente a esta decisión. En su campaña por la presidencia en 1860, Abraham Lincoln sostuvo una plataforma política contraria a la decisión en el caso Dred Scott. El sur interpretó la elección de Lincoln como un es-fuerzo por privarles a ellos del triunfo constitucional que la Suprema Corte les había otorgado y, consecuentemente, como un primer movimiento pa-rra destruir sus derechos de propiedad y abolir la esclavitud. El escenario estaba así listo para la secesión y la guerra civil.

La primera ironía es que después de esta sangrienta guerra, los vencedores del norte se dirigieron a la institución de la Suprema Corte para que ella protegiera en lo futuro su triunfo. La segunda ironía es que dentro del período de una sola generación después de la Guerra Civil, la Suprema Corte aprobó los esfuerzos de los Estados del sur de manera efectiva para imponer nuevamente el estatus de esclavo en las personas negras, mediante la supresión del derecho de éstas al voto y la imposición de un rígido régimen de segregación y subordinación racial y así el triunfo del norte en la Guerra Civil en favor de las personas negras fue anulado de manera efectiva. La decisión de la Suprema Corte de 1896 en el caso Plessy vs. Ferguson¹⁰ es el ejemplo más conocido, pero sólo representativo, de la po-lítica general de la Corte de aprobar el sometimiento otra vez a la esclavitud de las personas negras del sur.

Hoy en día en los Estados Unidos prácticamente existe un consenso unánime entre los abogados y académicos constitucionalistas de que estos actos de la Suprema Corte de la posguerra fueron un terrible error. Sin embargo, existen diversas hipótesis acerca de qué fue exactamente lo que estuvo mal en los actos de la Corte. Los teóricos de la constitución que adoptan lo que he llamado el método histórico aseguran que la Corte se equivocó al interpretar las intenciones originales de los autores de las enmiendas de la Guerra Civil para proteger el estatus de las personas negras. Mientras que los teóricos que adoptan el método filosófico señalan el hecho que las imposiciones más escandalosas sobre las personas ne-gras, especialmente el régimen de segregación, no habían sido directamente previstas o consignadas por los autores de las enmiendas de la Guerra Civil, aunque estas prácticas violaban los principios abstractos de igualdad implícitos en estas enmiendas.

Yo sostengo una hipótesis diferente. Creo que la principal falla no estuvo en el fracaso de los ministros en aplicar ya fuera la metodología histórica o la filosófica al interpretar la Constitución. La principal falla estuvo en la concepción que tenían los ministros de su propia tarea; es decir, consistió en que aplicaron el modelo de solución de controversias del contrato pri-vado, modelo que implícitamente subraya ambas metodologías, la

¹⁰ 163 U.S. 537 (1896).

histórica y la filosófica. En *Plessy vs. Ferguson*, como en *Dred Scott*, los ministros se vieron a sí mismos como autorizados para imponer un arreglo obligatorio y definitivo en las controversias constitucionales en litigio, es decir, para declarar quien tenía la razón y quien no, como si estuvieran interpretando un contrato entre partes. Se creyeron legitimados para demandar que se obedeciera su decisión como si estuvieran haciendo cumplir un contrato privado. Pero al mismo tiempo, aunque se negaran a admitirlo, los Ministros sabían, no podían evitar saber, que este modelo de derecho privado era completamente inapropiado, completamente inadecuado para la tarea que se habían fijado a sí mismos. La tarea básica que el documento constitucional les asignó a los jueces, tal y como ellos correctamente lo vieron, era impedir la guerra civil. Pero los medios que estaban manifiestamente disponibles para los jueces para llevar a cabo esta tarea, en particular, los medios de las órdenes jurisdiccionales para lograr la obediencia que parecía seguirse del modelo contractual de derecho privado, eran obvia y patéticamente insuficientes para alcanzar esta meta pública. Asimismo, al confrontar esta enorme disyunción entre su meta constitucionalmente designada y los medios manifiestamente disponibles para lograr esa meta, los jueces fueron llevados, casi inevitablemente, a favorecer a la parte que parecía ser más fuerte en estas disputas; la parte que era tanto la más decidida a ganar, así como la que tenía mayor poder efectivo para obtener dicha victoria. En 1857 como en 1896, esta parte favorecida jurisdiccionalmente fueron los blancos del sur, en lugar de los negros y sus aliados abolicionistas reconocidamente débiles. Los jueces, en pocas palabras, fueron llevados a favorecer la paz antes que la justicia, a favorecer a los poderosos antes que a los vulnerables.

Existen fuerzas poderosas en juego en la estructura de cualquier sistema legal que le dan impulso a esta dinámica. Esperar que los jueces alguna vez se inclinarán en favor de los vulnerables, en contra de los poderosos, es ignorar los factores personales y sociales más profundos que predisponen a la mayoría de los jueces, en la mayoría de los casos, a identificarse más con los elementos poderosos, exitosos y conservadores de su sociedad. Los jueces, después de todo, son ellos mismos miembros poderosos y exitosos de su sociedad y están inclinados hacia el conservadurismo, en el sentido de tener un fuerte interés en preservar el orden social y la distribución de los recursos existentes. No creo que estos factores personales sean inevitablemente determinantes en todos los jueces. Tienen fuertes inclinaciones, pero éstas pueden contrarrestarse si se establecen valores contrarios de manera explícita, tal y como del documento constitucional puede hacerlo. Y si las expectativas normativas respecto del papel del juez para hacer valer esos valores también se establecen explícitamente. Pero si la concepción dominante sobre el papel jurisdiccional mismo suscribe una inclinación ya existente hacia favorecer a los poderosos, entonces las

intenciones opuestas y asimismo originales de los autores del documento o los principios abstractos inscritos en tal documento no prevalecerán. Y eso, desde mi punto de vista, ha sido la historia dominante del ejercicio del control jurisdiccional en los Estados Unidos.

La conducta de la Suprema Corte que siguió a la guerra civil desafortunadamente confirma esta acusación en más casos que en el de la aprobación de la re-esclavitud a la que se sometió a las personas negras del sur. En esta vergonzosa tarea los Ministros fueron en cierto modo más cómplices, aunque de manera pasiva, que los instigadores abiertos de injusticias, al no hacer uso de su facultad constitucional para revertir las im-posiciones que las mayorías legislativas de los Estados hacían en contra de las minorías negras. Sin embargo, en otro ámbito, los jueces fueron instigadores mucho más activos de la protección a los poderosos en contra de sus adversarios más vulnerables; esto es, en las luchas entre el capital y el trabajo, que eran los principales asuntos de las disputas públicas y el ámbito central de la actividad jurisdiccional, que constantemente favoreció los intereses del capital, desde finales del siglo diecinueve hasta principios de la Segunda Guerra Mundial. Los ministros claramente concebían esta lucha económica y social como una incipiente guerra civil, siendo plausible creer esto, en cuanto que la violencia entre el capital y el trabajo aumentaba durante el siglo veinte, en parte como respuesta a las provocaciones de las intervenciones jurisdiccionales.¹¹ Estas decisiones judiciales en favor del capital y en contra del trabajo organizado tuvieron el mismo impacto provocativo que tuvo la decisión de la Corte en el caso Dred Scott, no solamente al atribuir una victoria absoluta a una de las partes, sino al cerrar cualquier oportunidad de la parte perdedora para buscar la reparación, para intentar lograr el reconocimiento de sus necesidades e intereses en otras instituciones del gobierno. Esto es, la Corte, en un claro servicio en favor de prevenir la guerra civil, intentó dirimir cabalmente la disputa en cuestión ordenándole asumir obediencia a la parte aparentemente más débil, mientras que al mismo tiempo no le daba alternativa alguna para buscar la reparación de manera pacífica dentro de otras instituciones políticas.

Una lección positiva de la experiencia de los Estados Unidos.

Hay una gran excepción a este patrón histórico recurrente de la Suprema Corte de los Estados Unidos aliándose con los fuertes para oprimir a los débiles. La excepción es el caso *Brown vs. Board of Education*¹² en el que la Corte en 1954 invalidó las leyes de los Estados que obligaban a la

¹¹ Ver, *op. cit.*, *La constitución en conflicto*, nota 6 *supra*, pp. 237-53.

¹² 347 U.S. 483 (1954).

segregación racial en escuelas públicas. ¿Qué llevó a la Corte a ese resultado? ¿Cómo se puede explicar esta excepción? Y, todavía más importante ¿Cómo podemos asegurar que este ejemplo de conducta jurisdiccional será seguido –es decir, que los tribunales usarán su poder constitucional para proteger al vulnerable del fuerte, para proteger derechos de las minorías contra las opresiones de las mayorías?

Puede ser que las explicaciones más aceptables de la conducta de la Corte en *Brown* no son especialmente alentadoras como ejemplo –que los Ministros que estuvieron en funciones en la Corte en 1954 tenían una sensibilidad moral poco usual, o que dichos Ministros estaban políticamente atentos a las urgentes razones de política interna y externa que existían en el período inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial, para que los Estados Unidos rechazaran abiertamente los tipos de políticas raciales que el régimen alemán derrotado había adoptado. Si estas son las mejores explicaciones para el caso *Brown*, ellas dan poca seguridad o dirección valiosa alguna para el futuro ejercicio de la facultad jurisdiccional.

Existe, sin embargo, otra explicación para el caso *Brown* que descansa sobre la suposición de que los Ministros de 1954 se parecían a sus antecesores en su usual inclinación por apoyar al fuerte en contra del débil y en su instintiva preferencia por la paz más que por la justicia. La diferencia en 1954 fue que, a diferencia del caso *Dred Scott* en 1857 o el caso *Plessy* en 1896 o la larga serie de decisiones de finales del siglo diecinueve y principios del veinte en favor del capital por encima del trabajo, en el caso *Brown* la Corte no podía ver claramente cuál era la parte más fuerte y cuál la más débil en la carrera de la disputa sobre la segregación. Es decir, ¿quién se sentía más profundamente agraviado, quién tenía la posición más poderosa y quién era más insistente en prevalecer sobre su adversario –los 11 millones de negros sureños, aliados a los 3 millones de negros en el resto del país quienes vieron la carrera de la segregación solamente como la indignidad más visible impuesta sobre todos ellos; o los 33 millones de blancos sureños, quienes eran más firmes en su resistencia a las demandas de los negros, pero que no podían confiar en un apoyo igualmente fuerte por parte de los blancos del norte? Desde esta perspectiva, los Estados Unidos parecían colocados en la orilla de la guerra civil racial y no estaba claro qué lado podía ser suprimido con mayor seguridad, a fin de evitar este estallido.¹³

Encuentro esta última explicación sobre los orígenes del caso *Brown*

¹³ Para un relato importante sobre la violencia incipiente en las relaciones raciales en el sur durante la época de *Brown*, ver Gunnar Myrdal, *Un dilema americano*, Harper & Row. Nueva York, 1944, pp. 1011-15.

mucho más atractiva por dos razones: la primera, porque no trata a los Ministros de 1954 como anomalías históricas, sino que asume que muy probablemente hubieran actuado como sus predecesores si hubieran podido hacerlo; y segunda, porque apunta hacia las fuerzas sociales subyacentes que llevaron a los Ministros en el caso Brown fuera de la metáfora contractual de derecho privado y hacia la metáfora del tratado del derecho público en su concepción de su papel constitucional. Los Ministros no reconocieron este cambio de manera explícita, no obstante, éste estuvo claramente detrás de su decisión en el caso Brown y de sus subsecuentes acciones respecto de la aplicación del mismo.

El predominio de la metáfora del tratado en el caso Brown y en su implementación fue muy claramente revelado a través de la metodología que la Corte empleó y, específicamente, a través del rechazo de los Ministros a las dos metodologías, de la historia y de la filosofía, que se derivaban directamente de la metáfora de la aplicación del contrato. La Corte fue de lo más explícita al negarse a apoyarse en la historia para justificar su decisión; en su opinión unánime, la Corte señaló que el registro histórico “era en el mejor de los casos no concluyente” respecto de las intenciones de los redactores de la decimocuarta enmienda, en relación con la validez constitucional de la segregación en las escuelas. Al desaprobar la metodología de la historia, la Corte evitó cualquier reconocimiento de que el registro histórico revelaba que los redactores constitucionales sabían, pero no decía nada de la segregación racial contemporánea en las escuelas del norte y, aún más condenable, que explícitamente apoyaban la segregación racial en las escuelas públicas de Washington D.C.

La Corte del caso Brown no fue igualmente explícita en rechazar la metodología de la filosofía, pero su opinión fue sumamente reticente a invocar cualquier principio filosófico justificativo –tan reticente como para llegar a un virtual rechazo de esa metodología también. La Corte proclamó que las instalaciones de escuelas públicas “separados pero iguales” –que fue la fórmula justificativa adoptada en el caso Plessy vs. Ferguson –era una incongruencia constitucional sobre la base de que “lo separado es inherentemente desigual”. Podría sin embargo resultar que la Corte confió en un principio abstracto de igualdad para justificar su decisión. Esta es la lectura convencional que del caso Brown se hace hoy en día; pero dicha lectura genera equívocos. La Corte del caso Brown de hecho confió en una concepción de la igualdad para justificar su decisión; pero esa concepción fue fundamentalmente subjetiva. En ese sentido, la invocación a la igualdad que hizo la Corte no encaja muy cómodamente en la metodología común del discurso filosófico; la Corte no sostuvo que había encontrado una definición correcta única, un parámetro objetivo de “igualdad” mediante la cual midió los reclamos de los negros y blancos del sur.

El subjetivismo radical de la concepción de igualdad de la Corte se manifiesta claramente en su opinión. La única explicación que la Corte

ofreció para su conclusión de que “lo separado era inherentemente desigual” fue la siguiente afirmación: “El separar (a niños en las escuelas) de otros niños de edad y capacidades similares solamente por razón de su raza, genera un sentimiento de inferioridad en cuanto a su estatus en la comunidad, que podría afectar sus corazones y mentes de una manera probablemente irreversible”. La Corte entonces inmediatamente agregó una observación más que subrayó el carácter subjetivo de esta concepción de igualdad; la Corte dijo: “Cualquiera que haya sido la extensión del conocimiento psicológico al momento de decidirse el caso *Plessy vs. Ferguson*, éste descubrimiento es ampliamente sustentado por las actuales opiniones de expertos” (con una nota de pie de página relativa a esta oración en la que se cita investigaciones de psicólogos sociales). La Corte ha sido ampliamente criticada por esta oración, con su respectivo pie de página, por su manifiesta fundamentación en opiniones “científicas”, en lugar de morales. Pero la apelación a la ciencia social que hizo la Corte es reveladora, no de una imperfección en su razonamiento, sino de su incomodidad fundamental respecto del carácter subjetivo de su concepción de “igualdad”. La Corte apeló a opiniones científicas modernas como si buscara algunos criterios objetivos para escapar al problema planteado por su decisión anterior. Pero la Corte no pudo evitar el problema de justificar por qué se fundamentaba en el “sentimiento de inferioridad” de los negros, mientras que pasaba por alto los “sentimientos” de los blancos del sur, quienes habían sido derrotados en la sangrienta Guerra Civil y cuyo sentimiento de “inferioridad” en la coercitivamente reconstituida Unión sería reiterado e intensificado por una decisión jurisdiccional nacional, que los obligaba a cambiar sus relaciones con los negros del sur.

La Corte del caso *Brown* implícitamente comprendió que la decisión en 1896 en el caso *Plessy* fue la contribución del Poder Judicial nacional a una política aceptada en otras instituciones gubernamentales nacionales, de que los todavía presentes antagonismos de la guerra civil debían ser apaciguados y que la reanudación de un estatus igual entre los blancos del sur y del norte debía ser reconocida, permitiendo a los blancos del sur imponer nuevas desigualdades –un estricto régimen de segregación racial– sobre los negros del sur. La Corte del caso *Brown* pudo haber decidido que el sentido subjetivo de desigualdad sufrida por los negros bajo el régimen de segregación racial era la única información relevante al definir el ideal constitucional de igualdad subyacente en la decimocuarta enmienda. Sobre esta base, la Corte pudo haber desestimado o pasado por alto cualquier sentido subjetivo de desigualdad y subordinación que los blancos del sur hayan podido sentir como consecuencia de su derrota en la guerra civil. Ello es, la Corte pudo haberse concebido a sí misma como ubicada fuera o por encima de los reclamos de las partes contendientes, como para poder elegir cuál de ellas había invocado “el verdadero signi-

ficado constitucional” de igualdad. La Corte del caso Brown, sin embargo, no asumió esta postura –y en este sentido, la Corte se negó a depender de la metodología de la filosofía.

El rechazo de la Corte a esa metodología fue, por otra parte, bastante explícito en su resolución un año más tarde en el caso Brown vs. Board of Education II.¹⁴ Al final de su opinión de 1954 en Brown, la Corte afirmó que, sin desistirse de su anterior resolución en el sentido de que tener escuelas separadas era inherentemente desigual, quería dar un argumento adicional para las partes, referente a cómo debía aplicarse dicha resolución. Un año más tarde, en Brown II, la Corte resolvió que el derecho constitucional que claramente había otorgado a los demandantes negros no debía ser inmediatamente aplicado y, de hecho, que la cuestión de la aplicación dependía de tantas consideraciones “equitativas” complejas, que la Corte no podía especificar cuándo debían aplicarse esos derechos. En una frase tan obscura como cualquier oráculo delfico, la Corte afirmó que los derechos constitucionales de los demandantes negros debían ser aplicados “con toda la rapidez que permita la reflexión” (with all deliberate speed). El caso Brown II apuntó hacia una dirección muy diferente de la deliberación del caso Brown I; aquél se basó en una postura diametralmente opuesta. Así, en el caso Brown I se le dio prioridad al sentimiento subjetivo de inferioridad y subordinación de los negros del sur sujetos a un régimen de segregación racial, mientras que en el caso Brown II se dio prioridad al sentimiento subjetivo de inferioridad y subordinación que los sureños blancos experimentarían en respuesta a cualquier disposición de la Suprema Corte ordenando el fin inmediato a la carrera de la segregación racial.¹⁵

Si la Corte hubiera encontrado un significado correcto del ideal constitucional de “igualdad” en el caso Brown I, es imposible concebir una justificación para detener la actuación en favor de los demandantes vencedores, tal y como lo hizo la Corte en el caso Brown II. En ese sentido, la crítica común al caso Brown II (entonces como ahora) es tan “sin principio”¹⁶ (unprincipled), es correcta si la tarea de la resolución juris-

¹⁴ 349 U.S. 294 (1955).

¹⁵ Aunque el caso *Brown II*, en su obscuridad de oráculo, no reconoció explícitamente este cambio de perspectiva, el Ministro Robert Jackson había identificado esta lógica en una opinión concurrente que él había redactado, pero no publicado en el caso *Brown II*; Jackson escribió, “Por más compasión que uno sienta por los resentimientos de aquellos que han sido forzados a entrar en una segregación, no podemos, considerando una recomposición de la sociedad a través de un decreto judicial, ignorar las demandas de aquellos que deben ser forzados al salir de ella (el) profundo resentimiento. Y la profunda humillación (que) el sur blanco alberga en su memoria histórica” como terrible consecuencia inmediata de la Guerra Civil y que el “gobierno impuso (sobre ellos) por conquista” (citado en *op. cit.*, *La constitución en conflicto*, *supra* nota 6, p. 277).

¹⁶ Ver, Robert Burt, “La reflexión de *Brown*”, 103, *Yale Law Journal*, 1994, pp. 1483-85.

dicional de casos concretos de constitucionalidad se concibe a través de la metodología de la historia o de la filosofía. Pero si esa misma tarea se concibe de manera distinta, podemos entonces comprender, cómo se justifica el rechazo de la Corte a identificar un significado objetivo único para el ideal constitucional y su aparente aprobación de las concepciones subjetivas y diametralmente opuestas de los adversarios litigantes. Si vemos la tarea de resolución jurisdiccional de casos concretos de constitucionalidad de la misma manera que los Ministros implícitamente la vieron en el caso *Brown* —es decir, no a través de la metáfora del derecho del contrato privado, sino a través de la metáfora de la aplicación de tratados— entonces veremos una metodología para la actuación jurisdiccional bastante diferente de las metodologías de la historia y la filosofía, las cuales fueron rechazadas por la Corte en el caso *Brown*.

La metodología del re-establecimiento pedagógico

En su primer discurso inaugural el 4 de marzo de 1861, con un Estado sureño ya separado de la Unión y enfrentando el inminente prospecto de una completa secesión por parte del sur y de la guerra civil, Abraham Lincoln apeló a la metáfora del tratado, precisamente de la manera en la que veo es utilizada en la función de la decisión jurisdiccional de casos concretos de constitucionalidad. Lincoln preguntó de manera retórica, “¿Pueden unos extraños hacer tratados más fácilmente de lo que unos amigos pueden hacer leyes?”, ¿Pueden los tratados ser aplicados más fidedignamente entre extraños, de lo que pueden aplicarse de tal modo las leyes entre amigos? La pregunta de Lincoln no es una amenaza, sino un llamado urgente a los sureños para buscar puntos comunes con sus adversarios del norte, en lugar de persistir en su postura de implacable hostilidad. Al leer las palabras de Lincoln, incluso en el contexto completo de la utilización que hace de la metáfora del tratado, podríamos también imaginar que les estaba hablando a los sureños blancos y negros sobre su conflicto respecto de la segregación racial en 1954-1955:

Físicamente hablando, no podemos separarnos. No podemos quitar a nuestras respectivas partes una de otra, ni construir una muralla infranqueable entre ellas. Un marido y una mujer pueden divorciarse y salir ambos de la presencia y alcance del otro, pero las diferentes partes de nuestro país no pueden hacer esto. Ellas no pueden sino permanecer frente a frente y la relación, ya sea amigable u hostil, debe continuar entre ellas. ¿Es posible entonces hacer que esa relación sea más provechosa o más satisfactoria, después de la separación o antes de ella? ¿Pueden unos extraños hacer tratados más fácilmente de lo que unos amigos pueden hacer leyes? ¿Pueden los tratados ser aplicados de

manera más confiable entre extraños de lo que pueden aplicarse de tal modo las leyes entre amigos? Supongan que van a la guerra, no siempre pueden pelear; y cuando, después de muchas pérdidas y sin ganancia alguna para ambas partes, dejan de pelear, están otra vez frente a us-tes las idénticas viejas preguntas, como sobre los términos de la convivencia.¹⁷

Si leemos el llamado de Lincoln como si estuviera dirigido a los blancos y negros sureños, podemos capturar la idéntica estrategia que usó la Suprema Corte en su opinión en el caso Brown I, al hablar, en primer término, a los blancos sureños a fin de identificar la iniquidad y la falsedad envueltas en la separación racial, acompañada de la opinión en el caso Brown II, al hablar fundamentalmente a los negros sureños a fin de ordenar paciencia y reconciliación cuidadosamente medida entre los adversarios. Esta estrategia jurisdiccional puede ser entendida con una metodología distinta en la función de la resolución jurisdiccional de casos concretos –la cual llamo la metodología del re-establecimiento pedagógico– que tiene los siguientes elementos:

1. La Corte preside una confrontación litigiosa públicamente visible, en la cual la partes adversas re-establecen sus conflictos, haciendo así visibles los agravios a su contraparte y a otros y, al mismo tiempo, posibilitan potencialmente una solución pacífica, porque la lucha es llevada a cabo con palabras en lugar de con armas.
2. La Corte ofrece instrucción moral a las partes. No es un mediador neutral, sino una participante involucrada, una maestra con su propia perspectiva moral para valorar las respectivas posiciones de cada una de las partes, pero como todas las buenas maestras, la Corte está abierta a la perspectiva de otros y, en última instancia, trata de promover la comprensión y el entendimiento, más que el consentimiento renegado, es decir, de persuadir más que de forzar.
3. La posibilidad de una fuerza coercitiva siempre está presente en los antecedentes de una disputa –no solamente, ni principalmente, la posibilidad de que la Corte vaya a apelar al uso de la fuerza pública para hacer cumplir su valoración moral, sino más significativa e imperiosamente, la posibilidad de que los agravios sufridos por las partes sean tan profundos que, una u otra parte resistirán por fuerza cualquier imposición y el uso de la fuerza ordenado por la Corte

¹⁷ Abraham Lincoln, primer discurso inaugural, 4 de marzo de 1861, en *Discursos inaugurales de los Presidentes de los Estados Unidos*, House Documents, N° 51, 89° Congreso, 1ª sesión, 1965, pp. 124.

será inadecuada para contener el conflicto, tanto a corto como a largo plazo. La lección principal que la Corte debe enseñar, mientras que los adversarios re-establecen su disputa frente a ella, es lo inapropiado de la coerción, por parte de la Corte o de las partes, como solución confiable y equitativa de la disputa.

4. En virtud de que la disputa en el foro para litigios es públicamente visible de manera amplia, que los respectivos agravios de las partes son verbalizados, que la Corte hace una valoración moral (abiertamente desinteresada) y públicamente expresada respecto de las posiciones de las partes y que hay una clara evidencia de la posibilidad del uso de la fuerza coercitiva y sus consecuencias destructivas últimas para todos (“muchas pérdidas para ambas partes y sin ganancia alguna”), la Corte advierte e involucra a otros en un trabajo en favor de una solución confiable y equitativa, quienes previamente no se habían visto a sí mismos como implicados o no habían visto su propio riesgo directo en el conflicto.
5. A través del uso de todas estas herramientas pedagógicas, la Corte ayuda y empuja a las partes adversas hacia el descubrimiento de una solución mutuamente satisfactoria, respecto de los términos de sus relaciones futuras y, de ahí, hacia la reconstrucción de su relación sobre bases pacíficas de respeto mutuo. En esta reconstrucción de los fundamentos de su relación política, las partes reformularán la original y fundamental meta de la Constitución nacional: el dirimir diferencias políticas profundamente enraizadas, no mediante la guerra civil, no mediante la coerción del más fuerte sobre el más débil, sino mediante el consentimiento mutuo.

Me llevaría mucho más tiempo y espacio del que hay aquí disponible para demostrar cómo la Suprema Corte de los Estados Unidos aplicó cautelosa y hábilmente los elementos de esta metodología al conflicto entre los blancos y negros del sur, en sus intervenciones anteriores y posteriores a *Brown*.¹⁸ Durante casi quince años después de *Brown I* no fue nada claro si la Corte lograría llevar a las partes contrarias a una solución pacífica mutuamente convenida. El paso crucial hacia esta resolución lo fue la expedición por parte del Congreso de los Estados Unidos de tres leyes sin precedentes, sobre derechos civiles, en 1964, 1965 y 1968 -actos que la Corte no podía ordenar. A la luz de esta apabullante manifestación de apoyo popular a la justicia elemental contenida en las demandas de los negros del sur, el sur blanco moderó su postura previa de “resistencia masiva” en contra de la aprobación moral que hizo la Corte respecto de tales demandas. Sin esta

¹⁸ Ver mi relato al respecto en *op. cit. La constitución en conflicto, supra* nota 6, pp. 271-310.

ratificación popular no coercitiva, ni coercible de la legislatura nacional, queda claro que ninguna solución pacífica a los agravios entre negros y blancos del sur se hubiera podido lograr.

Sin embargo, creo que después de 1968 la Corte y el país –al igual que la mayoría de los teóricos del derecho constitucional– interpretaron mal las lecciones del caso *Brown vs. Board of Education*. El visible triunfo de *Brown* en precipitar una transformación de las relaciones políticas raciales en el sur obscureció la concepción subyacente de igualdad que la Corte había de hecho seguido –su verdadera meta pedagógica de rechazar toda sumisión lograda a través de la coerción, ya sea impuesta por los blancos sobre los negros, a través de un régimen de segregación, o impuesta sobre los blancos a través de una orden judicial en favor de los negros. Después de 1968 la Corte misma confirmó su expresión más usual y su metodología más convencional –su expresión de quien ordena con autoridad, más que la de una maestra facilitadora, su metodología, a través de la historia o la filosofía, de identificar la “única respuesta correcta” en el documento constitucional e imponer esa respuesta en todos los contendientes.

El aparente triunfo instrumental del caso *Brown* fue uno de los fuertes impulsos que llevaron a este cambio después de 1968, a este regreso a la forma judicial usual. Creo que un fuerte impulso más importante aún fue la oleada de disturbios sociales a lo largo de todo el país –no sólo la difundida y resaltada beligerancia de las demandas de los negros del sur al norte, sino la ampliamente difundida resistencia popular contra la guerra de Vietnam y las experiencias perturbantes y sin precedente alguno de los homicidios políticos del Presidente Kennedy en 1963 y de Martin Luther King y Robert Kennedy, al igual que el atentado en contra del Gobernador George Wallace en 1968. Mientras que el país parecía salirse fuera de control, los Ministros decidían reafirmar su control.

Sin embargo, no resulta sorprendente que el esfuerzo de los ministros por suprimir el conflicto social evolucionó más rápidamente hacia la reafirmación de la estrategia judicial usual e históricamente dominante para evitar la guerra civil –ello es, favorecer a la parte manifiestamente más fuerte en sus esfuerzos por subordinar a la más débil, buscar la paz más que la justicia, más que la paz con justicia, un propósito más riesgoso aunque más confiable en última instancia. Durante los años 1970, la Corte rechazó de manera concluyente la disponibilidad de cualquier foro para litigio en donde los negros del norte pudieran reclamar la reparación de los agravios sufridos a causa de la segregación en las escuelas públicas,¹⁹ las desigualdades en el financiamiento escolar²⁰ y las prestaciones sociales

¹⁹ Ver *Milliken vs. Bradley*, 418 U.S. 717 (1974).

²⁰ Ver *San Antonio School District vs. Rodríguez*, 411 U.S. 1 (1973)

mínimas en habitación y asistencia familiar.²¹ Durante los años 1980's la Corte se apartó más y más decididamente del proveer foros para las injusticias sufridas por los negros en el sistema de justicia penal, de manera más notable en la imposición de la pena de muerte.²² En esta década, la Corte parece estar dispuesta a echar abajo todas las políticas de acción racial positivas que habían sido adoptadas en respuesta a las injusticias sufridas por los negros en educación, empleo y representación electoral.²³

Mientras que los teóricos constitucionalistas hablan de modo abstracto sobre las virtudes de los ordenamientos definitivos para los Ministros –mientras adoptan la metáfora de la aplicación coactiva del contrato del Derecho privado y sus metodologías de la historia o la filosofía que la implementan– los jueces revelan a través de sus acciones que están más interesados en evitar el conflicto social y que usan la metáfora del derecho privado y sus metodologías para oscurecer su meta de Derecho público, que es el imponer la paz sin considerar sus costos. La meta de evitar la guerra civil es una digna tarea; pero que debe ser reconocida como tal y concebida con base en el respeto mutuo, más que en términos de dominación y sumisión. Para este propósito, la metáfora del Derecho público de la aplicación coactiva del tratado y la metodología de la re-establecimiento pedagógico que se deriva de aquella son unas guías más iluminadoras.

²¹ Ver *Lindsey vs. Normet*, 405 U.S. 56 (1972); *Dandridge vs. Williams*, 397 U.S. 471 (1970).

²² Ver *McClesky vs. Kemp*, 482 U.S. 920 (1987); ver en general Robert Burt, “Desorden en la Corte: la pena de muerte y la constitución”, *Michigan Law Review.*, 87, 1987, pp. 1741.

²³ Ver *Adarand Constructors vs. Peña*, 115 S.Ct. 2097 (1995); *Shaw v. Reno*, 509 U.S. 630 (1993); *Shaw v. Hunt*, 116 S. Ct. 1894 (1996).