

I. Introducción	103
II. Entre política y derecho	109
1. El <i>Classical Legal Thought</i>	112
2. La sentencia <i>Lochner vs. New York</i>	120
3. Jurisprudencia pragmática-instrumental	123
4. El cambio de paradigmas en el derecho norteamericano .	125
5. La Corte Suprema de los Estados Unidos en el <i>New Deal</i>	126
6. El realismo jurídico en la Corte Suprema de los Estados Unidos	130
7. El juicio de constitucionalidad después de <i>Lochner vs. New York</i>	134
8. La sentencia <i>United States vs. Carolene Products Co.</i> El nuevo estándar de revisión	138
9. El escrutinio estricto o <i>strict scrutiny</i> : <i>Korematsu vs. United States</i>	142
III. La Corte Suprema de los Estados Unidos frente a la segregación	147
1. Los antecedentes de la sentencia <i>Brown vs. Board of Education</i> : la lucha legal contra la segregación	148
2. El originalismo: la interpretación de la ortodoxia	162
3. Otras clasificaciones: mujeres, extranjeros, hijos ilegítimos	174
4. Derechos de interés fundamental	188

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES DEL JUICIO DE IGUALDAD

I. INTRODUCCIÓN

Las resoluciones de la Corte Suprema de los Estados Unidos son parte importante de la historia de aquel país norteamericano.³¹⁵ Una de las peculiaridades del derecho en Norteamérica, como ya tuvimos ocasión de señalar en el capítulo precedente, es que es un derecho que se ha construido en los tribunales.³¹⁶

Aunque la Corte no está vinculada por sus propios precedentes, se ve constreñida por el principio de consistencia,³¹⁷ de ahí la importancia de

³¹⁵ Los grandes acontecimientos históricos de los Estados Unidos están vinculados con la Corte Suprema. En definitiva, la Corte ha contribuido a diseñar el modelo de Estado, así como a equilibrar los poderes del gobierno o redefiniendo los suyos propios. Un ejemplo de lo anterior es la sentencia ya estudiada de *Marbury vs. Madison*, donde se instituye la doctrina de la *judicial review*.

³¹⁶ Tocqueville observa que “Difícilmente surge una cuestión política en Estados Unidos que no se resuelva, tarde o temprano, en una cuestión judicial”. Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, Madrid, Alianza, 1980, p. 92. Más tarde, Oliver Wendell Holmes haría la misma observación en su obra *La senda del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975. John Chipman Gray expresaría lo mismo en *The Nature and Sources of the Law*, Gloucester, Massachusetts, Meter Smith, 1972. Véase Hart, Herbert L. A., “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericano: una pesadilla y el noble sueño”, en Casanova, Pompeu y Moreso, José Juan (eds.), *El ámbito jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994, p. 328. La “pesadilla” para Hart es precisamente el poder de decisión de los jueces sobre asuntos políticos: “El uso de los tribunales de sus poderes de revisión judicial para efectuar importantes reformas judiciales que en otros países habían sido logradas, si se lograron, solamente después librar amargas batallas parlamentarias, han provisto una serie de diferentes ejemplos para apoyar la visión de la pesadilla de proceso judicial como mera legislación crítica”. *Ibidem*, pp. 330 y 331. Hart, con la frase “el noble sueño”, se refiere a la creencia, según la cual “aun cuando una disposición de derecho es indeterminada hay un derecho existente que los jueces pueden y deben aplicar al resolver los casos...”. *Ibidem*, p. 337. Es clara la crítica a las ideas de Dworkin.

³¹⁷ La consistencia en las resoluciones tiene como fin último lograr seguridad jurídica. No obstante, por una parte tendríamos la necesidad de conocer lo que nos espera de la co-

analizar los precedentes que utiliza la Corte Suprema a la hora de conocer si un programa que contiene una *affirmative action* es o no contrario a lo dispuesto en la Constitución. Reparemos en el hecho de que el primer caso sobre *affirmative action* que conoció la Corte fue *Regents of the University of California vs. Bakke*,³¹⁸ en 1978.

Aunque el caso *Bakke* representa un caso sin antecedentes análogos, la Corte resuelve fundamentándose en casos previos que contienen principios más generales sobre igualdad. En el caso *Bakke*, como en los posteriores asuntos sobre las *affirmative actions*, se cuestiona el principio de igualdad contenido en la enmienda XIV, así como el del *due process of*

recta aplicación del derecho; por la otra, esperamos que ese resultado sea justo, esa es la disyuntiva a la que se encuentra el juez: buscar el equilibrio en esta “tensión irreconciliable entre la necesidad de proteger los intereses de los que han confiado en una congruente aplicación del derecho, y la búsqueda de normas que a la luz de resultados concretos sea más justa”. Solar Cayón, José Ignacio, *El realismo jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, BOE, 2005, pp. 200-206. En las más optimistas definiciones de seguridad jurídica se reconoce un grado de incertidumbre. Para Kelsen, en la relación entre el Poder Legislativo y el Judicial existen dos tipos diferentes de sistemas jurídicos. En uno, la producción de la norma jurídica se encuentra centralizada, reservada a un único órgano legislativo. El sistema tendrá el inconveniente de falta de flexibilidad. En cambio, tendrá la ventaja de seguridad jurídica: “...las decisiones de los tribunales son previsibles hasta cierto grado y, por ende, calculables, de suerte que los sujetos sometidos al derecho pueden orientarse en su comportamiento”. En el otro sistema no existe un órgano legislativo central, los tribunales se encargan de resolver los casos con un criterio “libre”. Los individuos no podrán saber nada de antemano, “este sistema se caracteriza por su gran flexibilidad, pero carece de toda seguridad jurídica”. En realidad, entre estos dos sistemas a los que Kelsen llama “ideales” se encuentran aquellos en los cuales, aunque se constituye un legislador central, los tribunales están facultados no sólo para dictar normas individuales en el marco de las normas generales producidas por el legislador, sino también para dictarlas fuera de ese marco —aplicando un norma más general que él mismo considera justa—, y finalmente el sistema en que los tribunales están facultados para crear normas jurídicas generales bajo la forma de casos con valor de precedente. Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, traducción de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1991, pp. 259-260. Sobre el particular puede verse también Arcos Ramírez, Federico, “La seguridad jurídica en la aplicación judicial del derecho. De la previsibilidad a la argumentación”, *XIX Anuario de Filosofía del Derecho*, 2002, pp. 191-217. En las primeras décadas del siglo XX los realistas se percataron de la imposibilidad de una certeza plena en el conocimiento del derecho. Solar Cayón, José Ignacio, *El realismo jurídico de Jerome Frank...*, cit., pp. 200-206. El mismo Hart aceptó que el precio que había que pagar por la generalidad de las normas será que en algún punto de su aplicación las pautas serán indeterminadas: “la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho”. Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, cit., p. 159.

³¹⁸ 438 U. S. 912 (1978).

law de la enmienda V.³¹⁹ El problema es que las cláusulas están redactadas en términos tan abstractos, que poco o nada nos dicen acerca de cómo resolver estos asuntos. No obstante, la Corte Suprema de los Estados Unidos, a través de la resolución de determinados casos concretos, se ha encargado de delimitar aquel principio.³²⁰

No obstante, un análisis superficial de las sentencias de la Corte dilucidaría los cambios de criterio en la interpretación de algunos principios constitucionales.³²¹ Los cambios obedecen a la vinculación de la Corte con doctrinas, principios o derechos que son considerados preeminentes respecto al resto. El peso específico otorgado a determinados principios está relacionado con etapas históricas determinadas. La primera parte de este capítulo se lo dedicaremos al análisis de este cambio de paradigmas en el derecho de los Estados Unidos. Podemos adelantar que la propiedad privada como derecho fundamental fue la quintaesencia de la filosofía que sustentaba al derecho.³²² Esto nos ayudará a entender las razones que llevaron a la Corte a decisiones como *Lochner vs. New York*.³²³

³¹⁹ En el capítulo previo señalamos que desde la sentencia *Bolling vs. Sharpe*, 347 U. S. 497 (1954), la Corte equiparó las obligaciones de los Estados de respetar el principio de igualdad contenido en la enmienda XIV con el principio de la enmienda V que obliga al gobierno federal. La sentencia señala que: “si la Constitución prohíbe a los Estados tener escuelas públicas segregadas, resulta impensable que la misma Constitución imponga una obligación menor al gobierno federal”. 347 U. S. 500 (1954).

³²⁰ Decidir casos sobre los que no existe antecedente aplicable ni norma jurídica pre establecida. Puede ocurrir que la Constitución haga clara referencia a una solución normativa, pero frente a un caso concreto no sepamos qué interpretación otorgarle. *Cfr.* Gargarella, Roberto, “Las dificultades de defender el control judicial de las leyes”, *cit.*, p. 60. Sobre los casos difíciles consultese Dworkin, Ronald, “Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles”, en Casanovas, Pompeu y Moreso, José Juan (eds.), *El ámbito jurídico*, *cit.*, pp. 475-512. Los casos difíciles por excelencia son los que tienen que ver con moralidad pública. Sobre esto véase Bhagwat, Ashutosh, “Hard Cases and the (D) Evolution of Constitutional Doctrine”, *cit.*

³²¹ Los cambios en la interpretación del principio de igualdad sería el ejemplo por an tonomásia. En páginas siguientes quedará claro en qué consisten las diferentes interpretaciones que se le han dado a la enmienda producto de la guerra civil norteamericana.

³²² El derecho a la propiedad privada tiene sus raíces en el pensamiento de Locke: en la parte medular de su obra, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, *cit.*, pp. 55-75, presentó su famoso relato del origen de la propiedad individual en un “estado natural” imaginario. Sobre el tema se han escrito gran cantidad de estudios, se recomienda especialmente Glendon, Mary Ann, “El lenguaje de los derechos”, *Estudios Pùblicos*, núm. 70, 1998, pp. 77-150.

³²³ 198 U. S. 45 (1905). La sentencia declara inconstitucional una norma que establecía jornada máximas de trabajo a empleados de panaderías.

Aunque el estudio de la historia de la Corte Suprema pueda dividirse en varias etapas,³²⁴ ningún constitucionalista dudaría en señalar que el cambio más importante se dio en la década de los años treinta. La Corte no será la misma después de los sucesos de aquella década.³²⁵ Es en aquellos años cuando la Corte abandona viejas doctrinas: la importancia que había jugado hasta el momento el derecho a la propiedad privada y la libertad contractual pierden su peso específico,³²⁶ a la vez que los derechos sociales adquieren relevancia.

Recordemos que el legislador tradicionalmente había gozado de una gran libertad en su labor creadora de normas. La presunción de constitucionalidad era casi absoluta; sólo se le exigía a la norma un mínimo de racionalidad. Pues bien, en la era *Lochner* la Corte parece obviar la presunción de constitucionalidad amparándose en el debido proceso sustitutivo: el derecho a la propiedad y a la libertad contractual son derechos casi absolutos que el Estado no puede violar.³²⁷ La fiscalización de la Corte es muy severa con las normas que parecen minar aquellos derechos, por lo que presume su inconstitucionalidad.

En contraste con las doctrinas de la Corte, en la academia se vivían tiempos de cambio: la propia concepción del derecho se modifica, las ideas realistas irrumpen en un derecho que no volverá a ser el mismo. Para los realistas, en las decisiones judiciales no se realizan operaciones de subsunción. El realismo jurídico,³²⁸ sustentado en ideas utilitaristas,³²⁹

³²⁴ La otra gran división en la historia del constitucionalismo es anterior, se sitúa a finales del siglo XIX. Esta división obedece al ocaso del pensamiento jurídico clásico o *Classical Legal Thought*. Más adelante ahondaremos al respecto.

³²⁵ De ahí que Cass Sunstein estude al “constitucionalismo después del *New Deal*”. Sunstein, Cass R., “Constitutionalism After New Deal”, *Harvard Law Review*, vol. 101, 1987, pp. 421-510. Véase también Currie, David, “The Constitution in the Supreme Court: The New Deal, 1931-1940”, *cit.*

³²⁶ Nedelsky, Jennifer, “El constitucionalismo estadounidense y la paradoja de la propiedad privada”, en Elster, Jon y Slagstad, Rune, *Constitucionalismo y democracia*, *cit.*, p. 269.

³²⁷ Cloud, Morgan, “The Fourth Amendment Era: Privacy, Property, and Liberty in Constitutional Theory”, *cit.*, y Schultz, David, “Political Theory and Legal History. Conflicting Depiction of Property in the American Political Founding”, *The American Journal of Legal History*, vol. 37, 1993, pp. 464-695.

³²⁸ El realismo jurídico se inicia con el artículo de Llewelyn: “Some Realism about Realism-Responding to Dean Pound”. El derecho deja de entenderse como una entidad casi mística para concebirse como un producto humano, diseñado para conseguir las finalidades buscadas por la sociedad.

³²⁹ Giuliani, Alessandro, “Los presupuestos de la filosofía del derecho norteamericana”, *Anuario del Filosofía del Derecho*, t. IV, núm. 5, 1956, pp. 215-308. La relación del

fue el fundamento teórico que terminó de socavar los principios conservadores que habían colocado el derecho a la propiedad y a la libertad contractual en el pedestal en el que se encontraban.

Después del *New Deal*,³³⁰ la Corte vuelve a la actitud deferente con la labor legislativa: el Estado goza de una total libertad para legislar sobre determinados casos, pero ¿esta deferencia debía ser ciega? La Corte pronto se da cuenta de que no todas las normas que surgen de la actividad legislativa son iguales. La vieja doctrina Thayer se ve matizada con la doctrina de las presunciones, que aparece por primera vez en la nota cuatro de la sentencia *United States vs. Carolene Products Co.*³³¹

Una vez que hayamos mostrado la importancia que tuvieron para el derecho los cambios surgidos en la época del *New Deal*, entenderemos con más facilidad las sentencias posteriores, sentencias sin las cuales no se podrían entender las contemporáneas resoluciones de la Corte. Nos referimos a las resoluciones *Korematsu vs. United States*,³³² *Brown vs. Board of Education*,³³³ y *Craig vs. Boren*.³³⁴

En 1944, el año en que la sentencia *Korematsu* fue fallada, el mundo vivía la Segunda Guerra Mundial. Los Estados Unidos luchaban contra Japón en el Océano Pacífico. El miedo infundado a la colaboración con el enemigo dentro del territorio nacional llevó al presidente Roosevelt a decretar el internamiento de los ciudadanos de ascendencia japonesa de la costa oeste de los Estados Unidos; poco tiempo después la Corte resuelve sobre la constitucionalidad del internamiento del ciudadano norteamericano *Korematsu*. El fallo establece que todas las clasificaciones que usen la raza como medio diferenciador serán consideradas sospechosas y estarán sujetas a un escrutinio especialmente estricto.

realismo con los principios utilitaristas con raíces en el pensamiento de Jeremy Bentham (1742-1832) es la tesis principal de Giuliani. Véase también Calsamiglia, Albert, “El derecho como integridad: Dworkin”, *Working Papers*, núm. 25, 1990, nota 11.

³³⁰ El objetivo político del *New Deal* fue fortalecer la débil economía norteamericana de la década de los treinta. En sus orígenes, el *New Deal* descansó en gran medida en intervenciones estatales. Cushman, Barry, “The Great Depression and the New Deal”, *University of Virginia Public Law and Legal Theory Workings Papers Series*, núm. 23, 2005, pp. 1-84. En línea: <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1047&context=uvalwps>. Se accedió a la página el 11 de agosto de 2005.

³³¹ 304 U. S. 144, 152-153 (1938).

³³² 323 U. S. 214, 216 (1944).

³³³ 347 U. S. 483 (1954).

³³⁴ 429 U. S. 190 (1976).

Este precedente se usa hoy en día para conocer sobre la constitucionalidad de las normas que usan criterios raciales en sus clasificaciones. Los programas que contienen una *affirmative action* usan precisamente criterios raciales; de ahí la importancia del precedente *Korematsu*. La sentencia ha representado una barrera casi infranqueable para aquellas normas que usan la raza como rasgo diferenciador: el escrutinio que supone el uso de la doctrina contenida en la sentencia referida se ha llegado a considerar estricto en teoría, pero fatal de hecho.

En un segundo apartado estudiaremos la forma en que la Corte Suprema ha abordado la discriminación después de la sentencia *Korematsu*. Nos veremos en la tarea de estudiar una de las sentencias más importante pronunciada en los Estados Unidos: *Brown vs. Board of Education*. La sentencia *Brown*, al terminar con la segregación racial, marca una nueva era en la concepción del principio de igualdad.

El principio sostenido en *Brown* estará presente en todas las resoluciones posteriores vinculadas con la igualdad racial. En el análisis de la sentencia se verá con más claridad la relación entre la revolución que implicó el cambio del formalismo jurídico al pragmatismo-instrumental: la sentencia es un ejemplo de la filosofía que dominaba el mundo jurídico de la época.³³⁵

Aunque la Corte utilizó en un principio un escrutinio estricto sólo en el estudio de las clasificaciones raciales, en sentencias posteriores ha distinguido otros grupos que por su especial situación merecen ser protegidos con mayor diligencia.

No todos están de acuerdo con este talante activo de la Corte. Las respuestas a la nueva situación que implicará la sentencia *Brown* no se dejan esperar. Dicha resistencia no sólo se manifiesta en el ámbito social, los propios fundamentos jurídicos son puestos en duda por algunos constitucionalistas. Surge la doctrina originalista³³⁶ como respuesta a los métodos usados por la Corte.

³³⁵ Cottrol, Robert J., "Justice Advanced: Comments on William Nelson's *Brown vs. Board of Education* and the Jurisprudence of Legal Realism", *Saint University Law Journal*, vol. 48, núm. 3, 2003-2004, p. 799.

³³⁶ Aunque por una parte la doctrina de interpretar la Constitución según la intención original es tan antigua como el constitucionalismo en Estados Unidos, lo cierto es que nunca se ha entendido en términos absolutos. Los *vested rights* primero y la interpretación sustantiva de la cláusula del debido proceso después, sirvieron como fundamento final de los asuntos para los cuales la Constitución no aportaba solución. Sobre esto véase Barnett, James D., "Vested Rights in the Common Law: Life, Liberty, Property, Due Process of Law", *Oregon Law Review*, vol. 27, 1947-1949, pp. 25-39.

El originalismo se ha conformado como un arma poderosa contra todas aquellas sentencias que fundamenten sus fallos fuera de lo expresamente dispuesto en la Constitución, como la que declara la libertad de la madre a abortar amparándose en el derecho a la intimidad, o aquella que declara la existencia de un derecho constitucional a la educación pública. En este capítulo criticaremos la teoría originalista, y de esta forma intentaremos allanar el terreno para exponer con libertad nuestra propuesta.

El principio de igualdad es uno de los más abstractos. Al analizar los diferentes tipos de escrutinio establecidos por la Corte quedará de manifiesto el papel de la Corte Suprema, la cual al interpretar la norma constitucional de la igualdad no lo hace de forma libre, pues es fiel al principio de no discriminación.

Iniciaremos con el estudio del test de simple racionalidad. La Corte usa este escrutinio para analizar las clasificaciones económicas y sociales. Existen otros dos niveles de escrutinio: el intermedio, usado para juzgar las normas que utilizan clasificaciones de género,³³⁷ y el escrutinio estricto, usado en las clasificaciones raciales, o en aquellas que usan la nacionalidad como rasgo diferenciador. Los escrutinios son grados de presunción sobre los que se basará el juez para fallar el asunto en turno.

II. ENTRE POLÍTICA Y DERECHO

Para la tradición jurídica del *common law*, el juez, al resolver conflictos jurídicos, atiende a sus propios precedentes como parte fundamental de sus fundamentos jurídicos: utiliza casos análogos para resolver conforme a los principios en ellos contenidos.³³⁸

Una de las premisas básicas de la institución del *stare decisis* es que los principios usados para juzgar un caso concreto sirvan de parámetros en casos futuros similares.³³⁹ No obstante, el juez norteamericano no se

³³⁷ 429 U. S. 190 (1976). La Corte Suprema estableció que para resolver supuestos casos de discriminación por razón de sexo se debía aplicar un escrutinio intermedio: *intermediate test*, que requiere que la relación entre clasificación legal y el objetivo del Estado esté sustancialmente relacionado con los objetivos del gobierno. La Corte, literalmente señala: “must serve important governmental objectives and must be substantially related to achievement of those objectives”.

³³⁸ Magaloni, Ana Laura, *El juez norteamericano ante la ley. Las técnicas de interpretación del statute law, cit.*, p. 131.

³³⁹ La tradición del precedente finca sus raíces en el derecho inglés. Como es sabido, el derecho inglés o *common law* tiene su génesis en la época de Guillermo el Conquistador, duque de Normandía, que tras ascender al trono inglés con el título de Guillermo I

fundamenta tan sólo en la norma, doctrina o precedente jurídico aplicable; el juez atiende las circunstancias sociales, y repara en los efectos concretos de las sentencias.³⁴⁰

Otra de las características del derecho del *common law* es la doctrina del *rule of law*, que presupone una concepción material y no técnica de las reglas jurídicas. La *rule of law* representa un límite a la legislación.³⁴¹ Estos límites, fuertemente cimentados, obedecen a principios de derecho natural que derivan de la escuela iusnaturalista europea, que pretendía fundamentar la existencia de unos criterios morales básicos en la propia

unificó bajo su Corona los antiguos reinos anglosajones. La unificación nacional debía comprender la unificación de la administración de justicia. La tarea se vio cumplimentada con la creación de tres tribunales reales con sede en Londres. Una vez hecho esto era imprescindible la creación de un derecho nacional: los tribunales se dieron a la tarea de buscar las coincidencias en las costumbres locales. Lo “común” se constituye como derecho unificado que serviría como normas aplicables en todo el país. Así nace el *common law* o *commune ley*, como lo llamaron los normandos. Morineau, Marta, *Una introducción al common law*, México, UNAM, 2004, pp. 13-15.

³⁴⁰ La tensión entre la supremacía legislativa y los valores públicos es constante en la impartición de justicia por parte de los tribunales de los Estados Unidos. La división que existe en Estados Unidos entre los métodos de interpretación se establece según la importancia que se le otorga al principio de supremacía legislativa o al papel de los jueces como garantes de los “valores públicos”. La gran división en la interpretación de la ley se encuentra entre el *New Textualism* y el *Dynamic Approach*. El *New Textualism* hace hincapié en que es la palabra de la ley y no la intención del legislador lo que vincula al juez. Si existen lagunas en la ley el juez tiene dos opciones: a) analizar el lenguaje de otras normas similares, o b) armonizar el precepto legal con el resto de la ley buscando los principios rectores. El *Dynamic Approach* considera que la política jurídica no termina en el parlamento, pues los jueces desempeñan un papel fundamental en esta tarea a través de la interpretación de la norma. El juez debe interpretar la ley conforme al contexto actual: el juez no es un historiador que investiga los hechos pretéritos. Sobre esto véase Magaloni, Ana Laura, “El juez norteamericano ante la ley”, *cit.*, p. 140; Eskridge, William N., “Dynamic Statutory Interpretation”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 135, 1987, pp. 1479-1556; *id.*, “Public Values In Statutory Interpretation”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 137, núm. 4, 1988-1989, pp. 1007-1114; Breen, John M., “Statutory Interpretation and the Lessons of Llewellyn”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol 33, 1999-2000, pp. 263-448; Rodríguez Puerto, Manuel José, “La interpretación de las leyes y las circunstancias del caso. Una mirada estadounidense”, *cit.*, pp. 14 y ss.

³⁴¹ Cole, Richard P., “Orthodoxy and Heresy: The Nineteenth Century History of the Rule of Law Reconsidered”, *Indiana Law Review*, vol. 32, núm. 4, 1998-1999, pp. 1335-1381. El ensayo de Cole, un estudio del libro *Heretics in the Temple: Americans Who Rejected the Nation's Legal Faith* de David Ray Papke, esclarece el papel que ha jugado la noción del *rule of law* en los Estados Unidos de América. Sugiere que el *rule of law* fue usado en el siglo XIX como un instrumento conservador para mantener el poder. *Ibidem*, pp. 1370 y ss.

naturaleza racional del hombre. A esos criterios morales debía ajustarse el derecho positivo.³⁴²

Los presupuestos individualistas implícitos en la filosofía del derecho natural, así como los planteamientos económicos liberales del *laissez-faire*, se convirtieron en las premisas sobre las que aquél asentó el *common law* en los Estados Unidos. A través de la obra de los jueces los principios fueron “mundanizados”. Sobre esta base se crearon nuevas figuras jurídicas, como el enriquecimiento ilícito, de lord Mansfield (1705-1793).³⁴³ Los principios de derecho natural eran a menudo invocados por los juristas y estaban sobreentendidos en expresiones como *reasonable, fair, ex aequo et bono*.³⁴⁴

Blackstone (1725-1780) fue el jurista inglés más influyente del siglo XVIII, en 1765 escribió su célebre libro *Commentaries on the Laws of England*,³⁴⁵ que sistematizaba el derecho inglés. La filosofía jurídica de Blackstone es de inspiración lockiana: se basa en el mito del “contrato originario” entre el rey de Inglaterra y sus súbditos, en el que estos últimos a cambio de su obediencia reciben del rey la promesa de que sus “privilegios” —o sea, la seguridad de que sus vidas y sus propiedades— no serán violados.³⁴⁶ La influencia de las ideas de Blackstone en los ju-

³⁴² Para lo referente a la época clásica nos basamos principalmente en las obras siguientes: Horwitz, Morton J., *The Transformation of American Law 1870-1960. The Crisis of Legal Orthodoxy*, Nueva York, Oxford University Press, 1992; Solar Cayón, José Ignacio, *El realismo jurídico de Jerome Frank...*, cit., pp. 60-72; id., *Política y derecho en la era del New Deal. Del formalismo al pragmatismo jurídico*, Madrid, Dykinson, 2002, e Iturralde Sesma, Victoria, *El precedente en el common law*, cit.

³⁴³ Lord Mansfield prácticamente creó el derecho mercantil inglés. Mansfield fue magistrado presidente del King's Bench, que fue uno de los tribunales creados por los normandos en el siglo XI; conocía de los casos de violencia, esto es de aquellos casos en que se rompía lo que se llamaba “la paz del rey”. Los otros dos tribunales eran la Court of Exchequer, que conocía de los casos que tenían que ver con los ingresos del rey, y Court of Common Pleas, que se ocupaba de los conflictos entre los ciudadanos. Jolowicz, J. A., “Naturaleza y carácter del proceso civil: la experiencia inglesa”, *Jurídicas. Anuario del Departamento de la Universidad Iberoamericana*, núm. 23, 1994, pp. 249-267.

³⁴⁴ Giuliani, Alessandro, “Los presupuestos de la filosofía del derecho norteamericana”, cit., p. 228.

³⁴⁵ Blackstone, William, *Commentaries of the Law of England*, Londres, William Walker, 1826, vol. I. Una versión facsímil de la edición original se puede consultar en la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. En línea: <http://www.cervantesvirtual.com/FichaAutor.html?Ref=5720&portal=33>, se accedió a la página el 27 de julio del 2005.

³⁴⁶ Araujo, Círcero, “Bentham: el utilitarismo y la filosofía política de moderna”, en Boron, Atilio A. (comp.), *La filosofía política moderna de Hobbes a Marx*, Buenos Aires, Flacso, 2000, p. 276. La importancia de la propiedad en *Commentaries of the Law of*

ristas norteamericanos del siglo XIX es enorme.³⁴⁷ En el primer siglo de la independencia norteamericana, señala Boorstin, los *Commentaries* no eran sólo una aproximación al estudio del derecho; para muchos abogados constituyeron la única fuente del conocimiento jurídico.³⁴⁸

El estudio del derecho natural se introdujo en los Estados Unidos precisamente a través de los *Commentaries*: “La mayoría de los abogados norteamericanos aprendieron sobre los derechos naturales, no en las obras originales en las que habían sido expuestos, sino en la versión familiar, mutilada y simplificada de Blackstone”.³⁴⁹

A mediados del siglo XIX, la tradición iusnaturalista de Blackstone se solapa con la Escuela Histórica del Derecho, que preservó el método deductivo iusnaturalista, aunque buscó las premisas del razonamiento jurídico en el mismo devenir histórico del derecho.³⁵⁰ Los derechos naturales transmitidos a través Blackstone, así como los planteamientos económicos de *laissez faire*, eran las premisas sobre las que se asentaba el derecho en el siglo XVIII.

1. *El Classical Legal Thought*

Sabemos que en Europa la separación de poderes se convirtió en idea fundamental en la concepción de un gobierno democrático y racional; se

England nos recuerda la obra de Locke. Sin embargo, Blackstone no se ocupa de lo que llama “ideas metafísicas frívolas” sobre la propiedad en el derecho natural, su estudio lo realiza como un derecho en sí. Sobre esto véase Glendon, Mary Ann, “El lenguaje de los derechos”, *cit.*, p. 103.

³⁴⁷ Hasta el principio del siglo XX, leer a Blackstone, tanto en Inglaterra como en Estados Unidos, era sinónimo de estar estudiando derecho. Laje, Alejandro, “Consideraciones sobre la enseñanza…”, *cit.*

³⁴⁸ Boorstin, Daniel J., *The Mysterious Science of the Law*, citado por Glendon, Mary Ann, “El lenguaje de los derechos”, *cit.*, p. 104.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 105.

³⁵⁰ Solar Cayón, José Ignacio, *El realismo jurídico de Jerome Frank...*, *cit.*, p. 62. El caso más claro de la influencia de la Escuela Histórica se da con el derecho de las obligaciones que se comienza a estudiar gracias al trabajo de Savigny. Pound, Roscoe, “The Influence of the Civil Law in America”, *cit.*, p. 8. Sobre la influencia de Savigny en el derecho norteamericano véase Mathias, Reimann, “The Historical School Against Codification: Savigny, Carter, and the Defeat in the New York Civil Code”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 37, 1989, pp. 95-120. En la primera parte del ensayo se estudian los argumentos de Savigny en contra de la codificación, práctica que consideraba contraria al derecho histórico. Véase, también, Beale, Joseph H. Jr., “Development of Jurisprudence During the Past Century”, *Harvard Law Review*, vol. 18, 1904-1905, pp. 271-283.

hace énfasis en la separación clara entre el Legislativo y el Ejecutivo, por un lado, y el Judicial por el otro.³⁵¹

Después de la Revolución francesa el papel del juez se reduce al mínimo.³⁵² Además, se impone la obligación de motivar los juicios y se instituía un tribunal de casación encargado de velar por que los jueces no violen la ley que deben aplicar. Este tribunal se consideraba la policía designada por el Legislativo para vigilar al Judicial. Tras la redacción del Código de Napoleón el recurso legislativo fue rechazado en el célebre artículo 40., que proclamó: “El juez que rehúse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia”.³⁵³

La doctrina de la exégesis instaurada a principios del siglo XIX impone en Europa sus técnicas de razonamiento jurídico.³⁵⁴ La escuela de la exégesis es la consecuencia lógica de la intención de cumplir con los objetivos de los hombres de la Revolución, y de su concepción del pueblo como soberano. Fue en el parlamento y no en los tribunales donde se creó el derecho: los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete.³⁵⁵

Perelman distingue tres fases en la historia de la Escuela de la Exégesis:³⁵⁶ “instauración, que comienza con la promulgación del Código Civil francés de 1804 y acaba entre 1830 y 1840; una fase de apogeo, que se extiende alrededor de 1880; y finalmente, una fase de ocaso que se cierra en 1899 cuando la obra de Geny le ha dado la puntilla”.³⁵⁷ La codifica-

³⁵¹ Véase el clásico estudio de Bobbio, Norberto, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, traducción de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.

³⁵² Perelman, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, cit., p. 28.

³⁵³ *Ibidem*, p. 56. Sobre las relaciones entre el juez y la ley véase Bobbio, Norberto, *El positivismo jurídico. Lecciones de filosofía del derecho reunidas por el doctor Nello Morra*, Madrid, Debate, 1993.

³⁵⁴ La Escuela de la exégesis hace referencia a los civilistas franceses y belgas que enseñaban e investigaban, en el siglo XIX, el Código de Napoleón con la técnica del comentario artículo por artículo. Véase el estudio preliminar de Monero Pérez, José Luis, “El pensamiento científico jurídico de Gény”, en Gény, François, *Método de interpretación y fuentes de derecho privado positivo*, Granada, Comares, 2000, pp. XVIII y XIX.

³⁵⁵ Perelman, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, cit., p. 22.

³⁵⁶ Fue el decano Glasson quien declaró, en su discurso por el centenario del Código Civil francés, que los juristas de la época “formaron una especie de Escuela, que podría llamarse la Escuela de la exégesis”. Citado por Bonnecase, J., *La escuela de la exégesis en derecho civil*, traducción de José María Cajica, Cajica, 1944, p. 36.

³⁵⁷ Perelman, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, p. 38. Para Bonnecase: “No faltarán razones para creer que el golpe dado a la Escuela de la exégesis, en la misma

ción constituyó la expresión máxima de ese intento de racionalización del mundo jurídico como forma de delimitar el poder de los jueces y proporcionar seguridad y certeza en el derecho de la naciente economía capitalista.³⁵⁸

En el sistema silogístico, el derecho debía ser completo. La exigencia de la coherencia se impone. Para los exégetas, si un sistema es incoherente (pues se puede deducir una contradicción) se hace inutilizable, y hay que enmendarlo. Sostienen que la idea de claridad y de interpretación son antitéticas: no hay que interpretar un texto claro (*interpretatio cesat in claris*). El derecho queda reducido a una entidad casi mística. Sólo ante las antinomias y lagunas cabe un papel más activo del juez, pero incluso en estos casos se debe motivar en textos legales.

En el siglo XIX la exégesis europea influye en Norteamérica; se comienzan a sistematizar las sentencias de los tribunales intentando susstraer de ellas los principios que se consideran axiomas fijos incuestionables. Uno de aquellos principios era precisamente el de la *property*, de raíces lockianas. Parece entonces que las concepciones de libertad y propiedad quedan protegidas.

Otra de las escuelas que llegarían a formar parte de la tradición jurídica de los Estados Unidos fue la jurisprudencia analítica del derecho.³⁵⁹ Ahora es Austin (1790-1863) el que pretende fundar una ciencia autónoma del derecho. El profesor inglés busca en el análisis de los sistemas jurídicos la estructura común que subyace en ellos:

...los diversos principios comunes a sistemas más perfectos —o bien las numerosas analogías que se dan entre ellos— constituyen el objeto de una amplia ciencia, la cual en contraposición, de un lado, a la jurisprudencia nacional o particular, y, de otro, a la ciencia de la legislación, ha sido llamada Jurisprudencia general o comparada, o bien filosofía —o principios generales— del derecho positivo.³⁶⁰

víspera del siglo XIX, por el profesor Gény, en su obra magistral: *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo* (1899), marcó el advenimiento de un nuevo y regenerador estado de cosas". Bonnecase, J., *La Escuela de la exégesis...*, cit., p. 29.

³⁵⁸ Magaloni Kerpel, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema jurídico norteamericano*, cit., p. 131.

³⁵⁹ Solar Cayón, José Ignacio, *El realismo jurídico de Jerome Frank*, cit., p. 63.

³⁶⁰ Austin, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, traducción y estudio preliminar de Felipe González Vicen, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, p. 28. Para un estudio de la obra de Austin: Turégano, I., *Derecho y moral en John Austin*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

A través de Austin se introduce en el derecho inglés el estudio de las instituciones y doctrinas clásicas de la tradición del derecho romano-germánico.³⁶¹

El éxito de Austin, señala Herbert Hart en la introducción a *El objeto de la jurisprudencia* —obra del primero—, fue separar las doctrinas imperantes en su época, establecidas por Bentham, Hobbes o John Locke, de las discusiones políticas y filosóficas:

...con las que estaban entrelazadas y reafirmarlas sobre nuevas bases, con un alcance en los detalles y en la precisión tales, que los abogados y los pensadores políticos no sólo podían comprenderlas, sino usarlas para disipar la neblina que todavía desdibujaba las distinciones entre el derecho, la moral y la religión, y obstaculizaba la crítica racional de las instituciones jurídicas.³⁶²

Austin desarrolla una teoría analítica del derecho: “una teoría que explica la estructura formal de los sistemas jurídicos y las relaciones lógicas entre sus conceptos comunes”.³⁶³ Las pretensiones de elaborar una ciencia jurídica partían de la idea de que el derecho se encuentra intrínsecamente dotado de una estructura racional y objetivamente determinable.

Frente a la visión iusnaturalista que concibe al derecho como un sistema de normas que pueden ser deducidas lógicamente a partir de unos principios de justicia universales e inmutables, la jurisprudencia analítica de Austin pretende ofrecer una nueva y más sólida base sobre la que edificar el sistema jurídico:

El derecho no es una entidad independiente de los deseos y motivaciones humanas, una norma ya establecida por Dios o la naturaleza que el hombre puede escribir. Por el contrario, el derecho es fruto, expresión de una voluntad humana determinada. No existe, por tanto, más derecho que el derecho positivo.³⁶⁴

³⁶¹ Austin viaja a Alemania a preparar sus clases para la recién creada *University College*. Después de una breve estancia en Heidelberg, permanece en Bonn, donde descubre las *Instituta de Gayo*, las *Pandectas* y las obras de Hugo, Thibaut y Savigny; traba amistad con Neibuhr y con W. von Schlegel. *Cfr.* Páramo Argüelles, Juan Ramón de, “Estudio preliminar: John Austin, un jurista desolado”, en Austin, John, *El objeto de la jurisprudencia*, traducción y estudio preliminar de Juan Ramón de Páramo Argüelles, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. XVII y XVIII.

³⁶² Austin, John, *El objeto de la jurisprudencia*, *cit.*, p. 14.

³⁶³ *Ibidem*, p. XXV.

³⁶⁴ *Cfr.* Solar Cayón, José Ignacio, “Dos visiones de la soberanía en la filosofía jurídica anglosajona: del rey Midas al soberano intermitente”, *Derechos y Libertades*, núm. 7, 1999, pp. 496 y 497.

La norma jurídica en la teoría austianiana es un mandato establecido en virtud de la voluntad del soberano, llámese monarca o asamblea legislativa.³⁶⁵ Esto plantea dificultades para explicar la validez de algunos tipos de normas que aparentemente no han sido creadas por el soberano. El *common law* es un sistema jurídico tradicionalmente constituido por precedentes judiciales.³⁶⁶ ¿Cómo ha de justificarse, entonces, la existencia de normas creadas por un soberano? Austin resuelve el problema con la noción de “legislación tácita”, que serían normas cuya fuente no es el legislador soberano, y que sólo adquieren carácter jurídico cuando la autoridad —de forma tácita— se las otorga, al permitir que los tribunales y órganos subordinados las apliquen.³⁶⁷ Con la teoría de la legislación tácita, el soberano adquiere el papel fundamental de unificador de un material jurídico en sí mismo heterogéneo.³⁶⁸

Pues bien, con estos antecedentes en Estados Unidos de América se intentó hacer del estudio del derecho una ciencia al estilo de los exégetas europeos.³⁶⁹ No obstante, mientras que el ideal de sistematización de los países de Europa continental se veía cristalizado a través de la codificación, para el sistema del *common law*:

...la elaboración de un sistema jurídico coherente implicaba una ardua labor de reconciliación y armonización de un material jurídico disperso y heterogéneo, integrado por leyes —aunque escasas—, costumbres y, sobre todo, por una ingente masa de precedentes judiciales que se superponían, limitaban e incluso se contradecían recíprocamente.³⁷⁰

³⁶⁵ Recordemos que para Hobbes el soberano es aquella persona a la que la masa de la población debe una obligación de obediencia en virtud del pacto que la instauró como tal. A Austin, en cambio, no le importa la legitimidad del poder: soberano es aquella persona o grupo de personas que es o son habitualmente obedecidas por una comunidad y que no prestan obediencia a ninguna otra. Austin, John, *Lectures on Jurisprudence*, citado por *ibidem*, p. 497.

³⁶⁶ Solar Cayón, José Ignacio, “Dos visiones de la soberanía en la filosofía jurídica anglosajona: del rey Midas al soberano intermitente”, *cit.*, p. 498.

³⁶⁷ Austin, John, *Lectures on Jurisprudence*, citado por *ibidem*, p. 498.

³⁶⁸ La idea no es nueva; ya Hobbes había localizado el fundamento del derecho en la voluntad del Leviatán, y Bentham, en su obra *Of Laws in General*, desarrolló una teoría imperativa del derecho cuyos conceptos centrales son también los de *sovereign* y *command*. *Cfr.* Solar Cayón, José Ignacio, “Dos visiones de la soberanía...”, *cit.*, p. 497.

³⁶⁹ Perelman, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, *cit.*, p. 37.

³⁷⁰ Solar Cayón, José Ignacio, *El realismo jurídico de Jerome Frank...*, *cit.*, p. 64.

Recordemos que la fuente en el derecho de Estados Unidos, la base de toda deducción, es el *common law* clásico: las decisiones inglesas y los precedentes de los siglos XVII, XVIII y la primera mitad del XIX.³⁷¹

El encargado de esa tarea titánica sería Christopher Columbus Langdell, figura emblemática para la ciencia jurídica en Estados Unidos. Langdell, nombrado decano de la Escuela de Derecho de Harvard en 1870, consideraba al derecho como un sistema de principios. Su deseo es convertir al derecho en una ciencia, cuyas verdades fueran tan transparentes como las de la geometría. Parte de la premisa de que el *common law* representaba un cuerpo normativo completo; no obstante, era necesario sistematizar el vasto número de decisiones judiciales de tal modo que el *common law* fuese una unidad manejable: un sistema normativo autorreferente.

Para la década de 1870, fecha que podríamos considerar de inicio de esta época clásica o *Classical Legal Thought*,³⁷² el orden jurídico norteamericano había experimentado una transformación radical. El derecho se entendía ahora como un instrumento de las aspiraciones individuales o, simplemente, el reflejo de la organización económica y política existente.

El juez era un aplicador del derecho; las técnicas del razonamiento jurídico habían de estar regidas por los esquemas de la lógica formal. El orden jurídico se concibe como un orden racional, sistematizado y separado de la política, de la moral y de cualquier otro elemento no proveniente del derecho positivo. Se sostiene la idea de que los jueces obtienen sus sentencias mediante un silogismo cuya premisa mayor está en las leyes y cuya premisa menor se extrae de los hechos comprobados en un litigio. El problema del juez es la subsunción del caso en una norma pre establecida.³⁷³

Recordemos que desde *Marbury vs. Madison* se había instaurado la *judicial review*. Sin embargo, en la América del siglo XIX junto al dogma que sostenía la existencia de principios generales del derecho, subsistía el dogma de la división de poderes. Esto se tradujo en una interpretación deferente de las normas emanadas del Legislativo.

³⁷¹ Así lo señala Pound: “With us the basis of all deduction is the classical common law —the English decisions and the authorities of the seventeenth, eighteenth and first half of the nineteenth centuries”. Pound, Roscoe, “The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence (1)”, *Harvard Law Review*, vol. XXIV, núm. 8, 1911, p. 601.

³⁷² El término *Classical Legal Thought* fue acuñado por Kennedy, D., “Toward a Historical Understanding of Legal Consciousness: the Case of Classical Legal Thought in America, 1850-1940”, *Research in Law and Sociology*, vol. 3, 1980, pp. 3-24.

³⁷³ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, cit., p. 20.

No obstante, los jueces tenían muy claro los límites que la legislación no podía sobreponer: los *vested rights*,³⁷⁴ de hondas raíces históricas, se concebían como últimos bastiones de la libertad individual.

Tras la incorporación de la enmienda XIV, en 1868, las doctrinas del derecho natural se entendieron cristalizadas en la cláusula del debido proceso o *due process of law*. El *Classical Legal Thought* tuvo entre sus pilares ideológicos precisamente a la doctrina que se formó alrededor de la cláusula. La cláusula, aunque tiene sus raíces en la carta magna,³⁷⁵ es en el *Classical Legal Thought* donde cobra su significación *sui generis*: No toda ley por el hecho de haber sido aprobada por el Legislativo en el ámbito legítimo de sus competencias superaba ciertas exigencias de carácter sustantivo.

A esto se le denominó la doctrina del *substantive due process*, doctrina que se erigió como un instrumento idóneo para expurgar aquellas leyes que se consideraban fuera del orden esencial implícito en el paradigma clásico. Aunque tiene sus raíces en la tradición del derecho natural, no se apela ya a principios superiores de justicia a los que debiera ajustar el derecho positivo.³⁷⁶ La influencia de la doctrina de los derechos naturales es ahora “más sutil y silenciosa”.³⁷⁷

Debemos insistir en que en aquella época el derecho mejor afianzado en la doctrina judicial y en toda la idiosincrasia norteamericana era el derecho a la propiedad; influencia directa de Locke. Si la propiedad había sido entendida como un derecho natural, y estaba protegido por el texto

³⁷⁴ Los *vested rights*, en el acervo jurídico norteamericano, aluden a la idea de que existen determinados derechos que una vez adquiridos por un individuo particular bajo un determinado orden jurídico no pueden ser posteriormente alterados ni cercenados. Solar Cayón, José Ignacio, *Política y derecho en la era del New Deal...*, *cit.*, pp. 44 y ss.

³⁷⁵ El concepto *due process of law* se traduce al castellano como debido proceso legal o simplemente debido proceso, y deriva del *law of the land* inglés. La Carta Magna, después de establecer límites a las facultades del soberano —como la prohibición de confiscación de los instrumentos de labranza al “villano o al esclavo”— en su artículo 39 declaró que “ningún súbdito fuese desterrado ni molestado de cualquier otro modo, ya en su persona, ya en sus bienes, a no ser por juicio de sus iguales, y con arreglo a las leyes del país (*vel per legem terrae*)”. No fue sino hasta 1354, al ser reexpedida la Carta Magna por el rey Eduardo III, cuando aparece la expresión inglesa *due process of law*. Véase Lolme, Juan Luis de, *La Constitución inglesa, comparada con los orígenes republicanos y monárquicos de Europa*, Madrid, Imprenta de Sanchiz, 1847. Véase también Wolfe, Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional*, *cit.*, pp. 183-193.

³⁷⁶ La doctrina que aludía al derecho natural como fuente del derecho está presidida por *Calder vs. Bull*, 3 U. S. 386 (1798).

³⁷⁷ Solar Cayón, José Ignacio, *Política y derecho en la era del New Deal...*, *cit.*, p. 48.

constitucional, parecía obvio que se entendiera como uno de los *vested rights* de naturaleza inviolable.³⁷⁸

El ejercicio de la *judicial review* no fue muy polémico mientras se aplicó de manera excepcional, situación que cambiaría tras la guerra civil: los tribunales empiezan a usar la cláusula del *due process* para sustentar la inconstitucionalidad de la legislación; se inicia el debate doctrinal sobre la legitimidad de la *judicial review*,³⁷⁹ de ahí que en esta época la Corte enfatizó la importancia de los derechos económicos, declarando inconstitucional la legislación que restringía la libertad contractual. En definitiva, el derecho estaba muy vinculado con la teoría liberal del *laissez faire*,³⁸⁰ donde la intervención estatal debía limitarse.³⁸¹ De hecho, el pensamiento jurídico de la época del *Classical Legal Thought* llevado al terreno de las interpretaciones de la Corte Suprema se ha denominado *Laissez-Faire Constitutionalism*,³⁸² época del siglo XIX en la que los tribunales incorporaron los principios del *laissez-faire* al ámbito constitucional.

A mediados del siglo XIX en Norteamérica nos encontramos ante una concepción marcadamente estática del *common law*: un cuerpo sistemático de principios y de normas jurídicas, que era extraído por el jurista mediante un ejercicio de la voluntad, sometido a reglas lógicas, a partir del cual se podía resolver todo problema jurídico. Una vez hallados los principios y las categorías básicas que constituyen el “armazón del sistema”, el jurista sólo tendrá que identificar anomalías.³⁸³

El *Classical Legal Thought* representa, más que una mera teoría, una mentalidad compartida por la mayoría de la pléyade de juristas de la

³⁷⁸ Solar Cayón afirma que la doctrina del *substantive due process* tiene sus orígenes en la idea de los *vested rights*. *Ibidem*, pp. 44 y ss.

³⁷⁹ Ahumada Ruiz, Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, cit., p. 202.

³⁸⁰ *Laissez faire* significa, entre otras cosas, libertad de empresa comercial interna y libertad de comercio internacional: el universo funciona automáticamente debido a un impulso interno que está dentro de él. Cfr. Herrerías, Armando, *Fundamentos para la historia del pensamiento económico*, México, Limusa, 1995, p. 117. Puesto que para los fisiócratas del siglo XVIII la agricultura era el único medio para producir riqueza, las medidas mercantilistas dirigidas a fomentar la industria eran inútiles. Contra ellas lanzaron el grito de guerra de *laissez faire, laissez passer*. Roll, Eric, *Historia de las doctrinas económicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1967, p. 124.

³⁸¹ Magaloni Kerpel, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, cit., p. 14.

³⁸² Mayer, David N., “The Jurisprudence of Christopher G. Tiedman a Study in the Failure of Laissez Faire Constitutionalism”, *Missouri Law Review*, vol. 55, p. 94.

³⁸³ Solar Cayón, José Ignacio, *El realismo jurídico de Jerome Frank...*, cit., p. 66.

época. Sus raíces se encuentran en la ideología del constitucionalismo norteamericano.³⁸⁴ Su paradigma fundamental, señala Solar, fue “la afirmación de la autonomía del dominio jurídico frente a las posibles interferencias procedentes de otros órdenes y, especialmente, su separación respecto del dominio de la política”.³⁸⁵ La noción generalizada de aquellos tiempos era que la intromisión del Estado en la vida de los individuos debía ser mínima, en otras palabras: a los individuos debía de dejárseles actuar tan solos como fuera posible.³⁸⁶

La influencia de filósofos de la época fue determinante. Herbert Spencer, en su obra *Estadística social*, señala: “todo hombre es libre de hacer todo lo que él desee, con tal de que no infrinja la igual libertad de ningún otro hombre”.³⁸⁷ Aunque en realidad nadie tomó al pie de la letra los principios de Spencer, para todos los pensadores afines al *laissez-faire* la libertad contractual y las condiciones de trabajo eran consideradas como cuestiones que no debían ser reguladas por el Estado. En definitiva, la legitimidad en la que se fundamentaba la labor judicial en general, y la institución de la *judicial review* en particular, se vio fortalecida en la época clásica del pensamiento jurídico o *Classical Legal Thought*.³⁸⁸

2. *La sentencia Lochner vs. New York*

La sociedad norteamericana a principios del siglo XX ya no era de tipo rural; se había producido un desarrollo industrial y bancario espectacular, donde aparecen grandes corporaciones, y el capitalismo crece sin ley. Como respuesta, el Congreso comienza a promulgar leyes consideradas por los empresarios como intervencionistas.³⁸⁹

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 60.

³⁸⁵ Véase Solar Cayón, José Ignacio, *Política y derecho en la era del New Deal...*, *cit.*, pp. 17 y ss.

³⁸⁶ Citado por Mayer, David N., “The Jurisprudence of Christopher G. Tiedman. A Study in the Failure of Laissez Faire Constitutionalism”, *cit.*, p. 94, nota 1.

³⁸⁷ Sobre la influencia de Spencer véase Hofstandter, W. N., *Social Darwinism in American Thought*, Boston, Beacon Press, 1992.

³⁸⁸ Sobre esto véase Siegel, Stephen A., “Historical in Late Nineteen Century Constitutional Thought”, *Wisconsin Law Review*, 1990, pp. 1431-1548, y Mayer, David N., “The Jurisprudence of Christopher G. Tiedman. A Study in the Failure of Laissez Faire Constitutionalism”, *cit.*

³⁸⁹ Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas...*, *cit.*, pp. 163 y 164.

Desde el punto de vista jurídico, la defensa de los empresarios se fundamentó en la cláusula de comercio³⁹⁰ (artículo 1o., sección 8a., párrafo 3o., de la Constitución federal) y en la cláusula del debido proceso (V y XIV enmiendas). La cláusula XIV, que como tuvimos oportunidad de señalar tiene raíces en el *common law*, tuvo en sus comienzos un sentido procesal, pero a principios del siglo XIX se comienza a concebir como una garantía sustantiva de algunos derechos de propiedad.

La relación de trabajo era entendida por el derecho como una mera relación privada de compraventa: “El patrimonio del hombre pobre descansa en la fuerza y la destreza de sus manos, e impedirle emplear éstas de la manera que estime adecuada, sin dañar a su vecino, es una clara violación a su más sagrada propiedad”. Así lo estableció la Corte de Apelaciones de West Virginia en 1889, con la sentencia *State vs. Goodwill*,³⁹¹ invalidando así una ley que pretendía obligar a las empresas mineras y de manufacturas a pagar sus salarios en dinero, y no en vales o pagarés como era usual.

La libertad contractual fue entendida desde *Allgeyer vs. State of Louisiana*,³⁹² como ilimitada. Se entendía protegida por la enmienda XIV:

La libertad mencionada en esta Enmienda, significa no sólo el derecho del ciudadano a estar libre de cualquier coacción física sobre su persona, como el encarcelamiento, sino que se considera que el término abarca el derecho del ciudadano a ser libre en el disfrute de todas sus facultades; a ser libre para utilizarlas de cualquier manera legal; para vivir y trabajar donde quiera; para ganarse la vida mediante cualquier profesión legal; para seguir cualquier medio de vida u ocupación; y para hacer todos los contratos que puedan ser adecuados, necesarios y esenciales para llevar a una exitosa conclusión a los objetos anteriormente mencionados.³⁹³

³⁹⁰ La cláusula de comercio expone: “El congreso tendrá la potestad... para regular el comercio con las naciones extranjeras, y entre los diversos Estados, y con las tribus indias”. Se discutía si era el Congreso Federal o los congresos locales los que debían regular el comercio interestatal. La Constitución no establece de forma precisa las facultades para legislar en la materia; ha sido la Corte quien se ha encargado de establecerlas ca-suísticamente. Sobre la cláusula de comercio, véase Borrajo Iniesta, Ignacio, *Federalismo y unidad económica. La cláusula de comercio de la Constitución de EE.UU.*, Alcalá, Instituto Nacional de Administración Pública, 1986.

³⁹¹ *State vs. Goodwill*, 33, W. Va. 179 (1889), p. 186.

³⁹² 165 U. S. 578 (1897). La Corte conoce sobre la constitucionalidad de una ley de Louisiana que prohibía actuar como intermediarios de seguros a empresas que no estuvieran autorizadas para actuar en el Estado.

³⁹³ *Ibidem*, p. 589. Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas..., cit.*, p. 165.

La Corte Suprema se erige como el principal defensor del *laissez faire* económico. Su presidente, el magistrado Melville Weston Fuller, había decidido sentencias como *Plesy vs. Ferguson*,³⁹⁴ *Pollock vs. Framers*,³⁹⁵ *US vs. E. C. Knight Co.*,³⁹⁶ o *Smyth vs. Ames*.³⁹⁷ Todas estas sentencias protegían la propiedad. Ésos eran los precedentes que la Corte usaba para fundamentar sus fallos, por lo que no se podía esperar una resolución radicalmente diferente bajo la presidencia de Fuller.³⁹⁸

La sentencia *Lochner* tiene sus antecedentes en una ley del estado de Nueva York —*Bakeshop Act*—, que establecía, en 1895, una serie de medidas de carácter higiénico que debían ser aprobadas en la construcción y acondicionamiento de panificadoras. Además, establecía una jornada laboral máxima de diez horas para los empleados de dicha rama. Pues bien, Joseph Lochner, propietario de una panadería, fue sancionado por hacer trabajar a uno de sus empleados más del tiempo permitido por la norma. *Lochner* pierde el litigio en los tribunales del estado. El asunto llega a conocimiento de la Corte Suprema, que revisa la constitucionalidad de la ley.³⁹⁹ En 1905 la Corte declara: “el derecho de una persona a vender su trabajo en tales términos como estime oportuno es, en esencia, el mismo que el derecho del adquiriente de ese trabajo a prescribir las condiciones en las que aceptará tal trabajo de la persona que ofrece su venta”. Lo mismo es señalado más tarde en la sentencia *Adkins vs. Children's*,⁴⁰⁰ la Corte Suprema considera que “en principio, no puede haber

³⁹⁴ 163 U. S. 537, 559 (1896).

³⁹⁵ 158 U. S. 601 (1895). En ella se declara inconstitucional el impuesto federal sobre la renta. Se trataba de un impuesto del 2% a los ingresos de más de 4000 dólares anuales.

³⁹⁶ 156 U. S. 1 (1895). La Corte Suprema limitaba severamente la aplicación de la ley *Sherman Antitrust Act* de 1890, que fue el primero de los intentos de las autoridades federales por reglamentar el crecimiento industrial y comercial, por entonces dominado por los monopolios y oligopolios.

³⁹⁷ 169 U. S. 466 (1898). La sentencia señalaba que los impuestos estatales a las empresas ferroviarias eran inconstitucionales por ser contrarios a la enmienda decimocuarta.

³⁹⁸ Ely, James W. (revisado por Thomson, James A.), “Swimming in the Air: Melville W. Fuller and the Supreme Court 1888-1910”, *Cumberland Law Review*, vol. 27, 1996-1997, p. 141.

³⁹⁹ El antecedente directo de *Lochner* era *Holden vs. Hardy* 169 U. S. 366, 380 (1898). En esta sentencia la Corte Suprema consideró constitucional una ley de Utah de 1896 que regulaba la jornada máxima de trabajo para los mineros. Otros dos casos están relacionados con *Lochner* y *Holden vs. Hardy*; *Powell vs. Pennsylvania* 127 U. S. 678 (1888) y *Mugler vs. Kansas* 123 U. S. 623 (1887).

⁴⁰⁰ *Adkins vs. Children's Hospital*, 261 U. S. 525 (1923), p. 558. Citado por Solar Ca-yón, José Ignacio, *Política y derecho en la era del New Deal*, cit., p. 66.

diferencias entre un caso de venta de trabajo y un caso de venta de mercancías". Cualquier intervención legislativa a favor de una de las partes en una relación de trabajo suponía quebrantar el deber de imparcialidad que correspondía al poder político.

En lo sucesivo, la enmienda XIV se interpretó de una forma cada vez más sustantiva: nadie podía ser privado de la vida, la libertad y la propiedad al margen de los principios de justicia y de razón propios del *common law*.⁴⁰¹ En *Adair vs. United States*,⁴⁰² sentencia de 1923, se estudia la constitucionalidad de una ley del Congreso federal del 1o. de junio de 1898 que prohibía la utilización por parte de las compañías ferroviarias de los denominados *yellow dog contracts*, cláusula por la que los empresarios se negaban a contratar obreros sindicalizados, y se reservaba el derecho a rescindir los contratos en caso de afiliación a los sindicatos.

La decisión *Lochner* contraviene el sentir de la época. La animosidad hacia la Corte no se hará esperar: la resolución será vista como un error que debe remediar. Para algunos, la solución está en olvidarse de los derechos sustantivos que, como el de la igualdad, son tan polémicos que nunca podremos ponernos de acuerdo.⁴⁰³

3. Jurisprudencia pragmática-instrumental

A finales del siglo XIX y en las primeras décadas del siglo XX se generan grandes cambios en la concepción del derecho en Norteamérica. Se vive en la época de la razón. En Inglaterra, John Chipman Gray (1839-1915) desenmascara la doctrina de Hale⁴⁰⁴ y Blackstone, según la cual los jueces se limitaban a aplicar las normas existentes.

⁴⁰¹ Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas...*, cit., p. 165.

⁴⁰² *Adair vs. United Status*, 208 U. S. 161 (1908), p. 174. Véase Darling, Charles R., "Adair Case", *American Law Review*, vol. 42, 1908, pp. 884-890.

⁴⁰³ Esa es la visión de John Hart Ely en *Democracia y desconfianza*. El miedo de Ely es enfrentarse a una discusión metajurídica; por eso resuelve negando la posibilidad de que el juez conozca sobre derechos sustantivos. Más adelante tendremos oportunidad de ahondar en el tema.

⁴⁰⁴ Hale, en su obra *The History of Common Law*, de 1779, había formulado la teoría declarativa del *common law*. Cfr. Iturralde Sesma, Victoria, *El precedente en el common law*, cit., p. 26; Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, cit., pp. 46 y 47; Siegel, Stephen A., "John Chipman Gray and the Moral Basis of Classical Legal Thought", *Iowa Law Review*, vol. 86, 2000-2001, pp. 1513-1599.

En Norteamérica, Holmes publica, en 1897, el que se convertiría en una de las publicaciones más citadas de toda la literatura jurídica norteamericana: *La senda del derecho* o *The Path of the Law*.⁴⁰⁵ El artículo revoluciona el derecho norteamericano. En éste Holmes cuestiona la apariencia lógica de las decisiones judiciales.

Se inicia así la teoría pragmática-instrumental del derecho.⁴⁰⁶ Según los seguidores de esta teoría, la actividad jurisdiccional no se desarrolla de acuerdo con los esquemas de la lógica formal, como se sostenía en la época clásica. Este punto de vista se convirtió, en las décadas de los años veinte y treinta, en el movimiento intelectual del “realismo jurídico”.

La idea central de Holmes es utilizada por Cardozo para conformar su teoría de la jurisprudencia sociológica.⁴⁰⁷ En 1921, en una serie de conferencias (William L. *Lectura Series*) dictadas en la Universidad de Yale, New Haven, Connecticut, Cardozo refuta la idea del juez como mero aplicador del derecho y de la sentencia como un silogismo judicial.⁴⁰⁸ En una sentencia del mismo año señala:

¿En dónde encuentra el juez el derecho que incorpora en su sentencia? Hay veces en que la fuente es obvia. La norma que se ajusta al caso puede ser suministrada por la Constitución o por la ley. Si es así el juez no mira más allá. Una vez establecida la correspondencia, su deber es obedecer... Si la analogía y la lógica se enfrentan con consideraciones de justicia y equidad siempre tendrán mayor peso las últimas.⁴⁰⁹

⁴⁰⁵ Wendell Holmes, Oliver, *La senda del derecho*, cit. El ensayo, que fue publicado por primera vez como *The Path of the Law* en la revista *Boston Law School Magazine*, vol. 1, núm. 4, 1896-1897, pp. 1-17, recoge una conferencia que Holmes pronunció en 1897 para la inauguración de un nuevo edificio en la Universidad de Boston.

⁴⁰⁶ Con el término de “pragmática-instrumental”, Magaloni, siguiendo a R. Summers, busca abarcar la teoría pragmática de Holmes, la jurisprudencia sociológica de Cardozo y las ideas del realismo jurídico de Llewellyn, Frank, Cook, entre otros. Magaloni Kerpel, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema jurídico norteamericano*, cit., p. 1. Los realistas escribían desde las facultades de derecho de Yale y Columbia, en contra de la tradición formalista, que solía relacionarse con el “tradicional” predicamento de Harvard. Casanovas, Pompeu y Moreso, José Juan (eds.), *El ámbito jurídico*, cit., p. 316, nota del traductor.

⁴⁰⁷ Roscoe Pound, alumno en la Universidad de Harvard del profesor Gray, llamó a la teoría de Cardozo “jurisprudencia sociológica”, y que se refería al estudio cuidadoso de las instituciones jurídicas como procesos sociales.

⁴⁰⁸ Más tarde, las conferencias de Cardozo se publicarían como *The Nature of the Judicial Process*. Existe traducción al español: Cardozo, Benjamín, *La naturaleza de la función judicial*, cit.

⁴⁰⁹ Sentencia *Jacob & Young, Inc. vs. Kent*, 230, N.Y., 243, 129, N. E., en 891 (1921).

Cardozo se sitúa entre las ideas extremas de aquellos que sostenían que el juez no legislaba en absoluto: una norma preexistente estaba siempre presente, incrustada en el cuerpo del derecho consuetudinario (idea ortodoxa), y las ideas de aquellos que como Gray sostenían que el derecho es lo que los jueces declaran. Hoy, cualquier jurista en Estados Unidos reconoce que el *common law* es un derecho de creación judicial; por eso, le corresponde a los jueces, y sólo a ellos, ir adaptando su contenido al ritmo de los cambios sociales.⁴¹⁰ Aunque las ideas del pragmatismo instrumental tienen su génesis a finales del siglo XIX, tardarán mucho en cambiar la realidad jurídica de Norteamérica: habrían de lucharse muchas batallas antes de que eso sucediera.

4. *El cambio de paradigmas en el derecho norteamericano*

Analicemos ahora el contexto histórico del primer tercio del siglo XX. En los Estados Unidos se vivían años críticos: la Gran Depresión, que comenzó con la quiebra del mercado de valores, afectó a prácticamente todos los sectores de la economía. Las fábricas redujeron la producción; la construcción prácticamente cesó; millones de inversores perdieron sus ahorros y más de cinco mil bancos cerraron sus puertas en los primeros tres años de la depresión. La crisis afectó también al campo: las granjas redujeron sus ingresos drásticamente, que pasaron de 15.5000 millones en 1920 a 5.500 millones en 1932. El comercio exterior bajó en tres años de 9 mil millones a 3 mil millones. El desempleo ascendió a niveles estratosféricos.⁴¹¹

Como siempre, los más perjudicados resultaron ser las minorías, ya de por sí pauperizadas. Los negros, se decía, eran “los últimos contratados, los primeros despedidos”. Para paliar la crisis, el presidente Hoover redujo los impuestos, fomentó una política de crédito fácil. Sin embargo, las ayudas a los más pobres se confiaron al voluntarismo. Hoover sosténía que no necesitaba de ayuda federal y que las fuentes tradicionales, la

⁴¹⁰ Magaloni, Ana Laura, *El juez norteamericano ante la ley...., cit.*, p. 134, nota. 10. La polémica versa sobre si deberían seguir siendo ellos los que tengan al última palabra sobre casos difíciles o debiera ser el legislador. Recordemos que Dworkin es el autor que con más fuerza ha defendido la labor del legislador como último intérprete. Su tesis principal puede leerse en Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988, véase también Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio, cit.*

⁴¹¹ Sobre la gran depresión véase Eliot Morison, Samuel *et al.*, *Breve historia de los Estados Unidos, cit.*, pp. 718 y ss.

caridad privada y los gobiernos locales serían suficientes para aliviar la miseria. No fue así; las políticas del presidente poco sirvieron para terminar con los males. La ruina llegó después de la violencia de su gobierno sobre el “ejército de bonos”, veteranos de la primera Guerra Mundial que pedían el pago inmediato de sus bonos. El descontento provocó el triunfo de las elecciones presidenciales de Franklin D. Roosevelt.

Bajo la presidencia de Roosevelt se implantaron medidas de emergencia, como la devaluación del dólar o la promulgación de leyes para controlar las acciones de los bancos y dar confianza al ahorrador. La Ley Glass-Steagall, de junio de 1933, por ejemplo, estipulaba la creación de una “corporación de seguros de depósito federal” que aseguraba los depósitos hasta una suma fija. Por cierto, gran parte de esta legislación fue reflejo de la influencia de los partidarios del juez Brandies: Félix Frankfurter, de la Escuela de Derecho de Harvard, así como de Benjamín Cohen y Thomas Corcován.

Se promulga la Ley Nacional de Recuperación Industrial en junio de 1933. Para hacer cumplir la ley, Roosevelt estableció la Administración de la Recuperación Nacional nombrando al general Hugh Johnson a la cabeza. Se otorgó ayuda al campo y a la industria. Se creó la Administración Federal de Alivio de Emergencia (FERA).⁴¹² Para 1934, uno de cada seis norteamericanos gozaban de alguna ayuda pública. Los negros bajo el gobierno de Roosevelt recibieron gran parte de los empleos de ayuda; una tercera parte de las unidades federales de alojamiento, y obtuvieron nombramientos a importantes cargos nacionales.⁴¹³

5. La Corte Suprema de los Estados Unidos en el New Deal

La puesta en marcha de las políticas de Roosevelt no encontró un camino expedito. La Corte Suprema que halló Roosevelt en 1933 estaba presidida por Evans Hughes, a quien acompañaban los denominados jinetes (*horsemen*): McReynolds, Butler, Van Devanter y Sutherland, que

⁴¹² Roosevelt autorizó que la Administración de Trabajos Sociales o Civil Works Administration (CWA) proporcionara ayuda a la gente durante el invierno de 1933-1934: “Ninguna organización del *New Deal* fue más generosa ni mejor recibida que la CWA”. Véase Patterson, James, *La lucha contra la pobreza en los Estados Unidos de América 1900-1985*, traducción de Teresa Casado Rodríguez, Madrid, Centro de Publicaciones Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1993, p. 92.

⁴¹³ Eliot Morison, Samuel *et al.*, *Breve historia de los Estados Unidos*, cit., p. 723.

representaban la rama opositora del nuevo presidente, y por Cardozo, Brandeis y Stone, dispuestos a apoyar la política del *New Deal*.⁴¹⁴

No todo en la Corte era contrario a las políticas sociales. En 1934, la sentencia *Home Building & Loan Assn. vs. Blaisdell*⁴¹⁵ declaró constitucional una ley de Minnesota de 1933 que concedía a los deudores hipotecarios una moratoria y condiciones de flexibilidad en los pagos, prohibiendo la ejecución forzosa de las sentencias condenatorias en contra de los deudores. En la sentencia *Nebbia vs. New York*⁴¹⁶ de 1934 se declaró constitucional la Ley de Nueva York de Control de Leche, que establecía normas de racionamiento y precios fijos. Por otra parte, con las sentencias *Perry vs. U. S.*⁴¹⁷ y *Norman vs. Baltimore & Ohio Railroad*⁴¹⁸ se reprendió la interrupción de pago de títulos de deuda pública y la no convertibilidad del dólar en oro.

Sin embargo, el descontento de un sector de la propia Corte provocó que varios casos posteriores se resolvieran en contra de la administración. En 1935, en la sentencia *Louisville Joint Stock Land Bank vs. Radford, Humphrey's Executor vs. U. S.*⁴¹⁹ se declaró inconstitucional una ley de hipotecas similar a *Home Building & Loan Association vs. Blaisdell*. Con la sentencia *Shechter vs. U. S.*⁴²⁰ se declaró inconstitucional una parte sustancial de la Ley de Recuperación Industrial en lo que llamó “una inapropiada delegación de poder”. La sentencia se fundamenta en la inconstitucionalidad de la delegación de funciones. El juez Charles Evans Hughes escribió que “las condiciones extraordinarias no crean ni aumentan el poder constitucional”. El Congreso “no puede delegarle facultades legislativas al presidente para ejercitar una discrecionalidad irrestricta de hacer las leyes que él considera que pueden ser necesarias”.⁴²¹

⁴¹⁴ Sobre la relación entre el *New Deal* y la Corte Suprema véase sobre todo Currie, David, “The Constitution in the Supreme Court: The New Deal, *cit.*, pp. 504-555; Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas..., cit.*, pp. 214-240. Véase también Lucas Verdú, Pablo, “Estado liberal de derecho y Estado social de derecho”, *Derecho*, Madrid, t. II, núm. 3, 1955.

⁴¹⁵ 290 U. S. 398 (1934).

⁴¹⁶ 291 U. S. 502 (1934). El control de precios, señaló la Corte, no representan una “arbitrary, discriminatory, or demonstrably irrelevant”.

⁴¹⁷ 294 U. S. (1935).

⁴¹⁸ 294 U. S. 240 (1935).

⁴¹⁹ 295 U. S. 555 (1935).

⁴²⁰ 295 U. S. 495 (1935).

⁴²¹ Véase Corwin, E. S., “The Schechter Case-Landmark, or What?”, *New York University Law Quarterly Review*, vol. 13, 1936, pp. 151-190, y Bianchi, Alberto B., *Juris-*

En *United States vs. Butler*⁴²² se declaró inconstitucional la Ley de Ajuste Agrícola (*Agricultural Adjustment Act*), por lo que un juez consideró “interpretación tortuosa de la Constitución”. La ley establecía medidas tributarias que tenían como objeto la distribución de la renta agraria e incentivaban los recortes de producción con el fin de estabilizar los precios. La decisión causó resquemor en el ámbito académico.⁴²³ En la sentencia *Carter vs. Carter Coal Company*⁴²⁴ se declaró inconstitucional la Ley del Carbón Bituminoso (*Bituminous Coal Conservation Act*), por considerarse que la minería era un asunto local.⁴²⁵

Roosevelt, que había arrasado en los comicios para su reelección de 1936, obtuvo el margen a favor más grande que cualquier candidatura presidencial desde el presidente Monroe. El Partido Republicano se retiró al Poder Judicial, que se consolidó como último bastión. La reacción de Roosevelt no se hizo esperar; amenazó con buscar la aprobación de una enmienda constitucional que diera carta blanca a su política, pero tras convencerse de su difícil aprobación en el Congreso presentó la *Court Packing Plan*, un proyecto de ley que pretendía autorizar al presidente a tomar ciertas medidas sobre la organización judicial.⁴²⁶

El plan causó gran polémica. Sin embargo, parece haber minado en las conciencias de los jueces; antes de que el proyecto de ley entrara a ser discutido, la Corte decidió el caso *West Coast Hotel vs. Parrish*,⁴²⁷ de 1937.

dicción y procedimientos en la Corte Suprema de los Estados Unidos. Análisis de los mecanismos procesales que hoy emplea la Corte argentina, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1996, pp. 71 y 81.

⁴²² *United States vs. Butler et al.*, 297 U. S. (1936).

⁴²³ Véase, por ejemplo, la siguiente nota editorial de la época: Donley, Robert, “The AAA decision. The Editorial Note”, *West Virginia Law Quarterly*, vol. 42, 1935-1936, pp. 141-145.

⁴²⁴ 298 U. S. 238 (1936).

⁴²⁵ La sentencia no invoca la libertad contractual, razón para invalidar los salarios mínimos establecidos por las normas federales. Sobre esto véase Cushman, Barry, “The great depression and the New Deal”, *op. cit.*, p. 30.

⁴²⁶ El proyecto de ley estipulaba la facultad del presidente de remover los jueces mayores de setenta años, llevaran más de diez años en funciones y no hubieran dimitido o retirado en los seis meses siguientes. Seis de los nueve jueces se encontraban en el perfil previsto. Currie, David, “The Constitution in the Supreme Court: The New Deal, 1931-1940”, *cit.*, p. 541, nota 167. Sobre la *Court Packing Plan* véase Leuchtenburg, William E., “The Origins of Franklin D. Roosevelt’s Court-Packing Plan”, 1966, *Supreme Court Review*, 1966, pp. 347-400. Ahumada Ruiz, Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, *cit.*, p. 19, nota 5.

⁴²⁷ 300 U. S. 379 (1937). Se reconocía que la protección del bienestar de los ciudadanos y los de la comunidad justificaban el ejercicio de poderes del Estado.

En la sentencia, la Corte refrendaba la constitucionalidad de una ley que establecía un salario mínimo para las mujeres. Poco después se dictó la sentencia *Labor Borrard vs. Jones & Laughlin*,⁴²⁸ que consideró constitucional la National Labor Relations Act, conocida como Ley Wagner. Mas tarde, en la sentencia *Stewart Machine Company vs. Davis*,⁴²⁹ se consideró constitucional la Social Security Act, ley que incentivaba fiscalmente a los empleados para contratar a desempleados.

Aunque la posición del presidente de la Corte, Evans Hughes, y el magistrado Roberts parecían haber moderado sus opiniones, el verdadero giro se dio con el retiro de tres de los jueces conservadores (así como de Brandies y Cardozo), y el nombramiento de la “nueva orden”: Hugo Black Lafayet (1937), Stanley Forman Reed (1938), Felix Frankfurter (1939), Douglas William Orville (1939) y Frank Murphy (1940),⁴³⁰ quienes eran más condescendientes con las políticas del *New Deal*.

En 1941 se inició una nueva era en la Corte,⁴³¹ se elevó a Harlan Fiske Stone a *Chief Justice*⁴³² y se nombró a los jueces James Francis Byrnes y Robert Houghwout Jackson miembros de la Corte.⁴³³ Ese mismo año la Corte refrendó las acciones del *New Deal* y declaró la constitucionalidad de la Fair Labor Standards Act de 1938 con la sentencia *U. S. vs. Darby*.⁴³⁴ En 1942 la sentencia *Wickard vs. Filburn*⁴³⁵ ratificó la constitucionalidad de la Agricultural Adjustment Act, de 1938. La propiedad dejó de ser el derecho constitucional por excelencia; los derechos sociales se abren paso.⁴³⁶

⁴²⁸ 301 U. S. 1, 25-28 (1937).

⁴²⁹ 301 U. S. 548 (1937).

⁴³⁰ Bianchi, Alberto B., *Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema de los Estados Unidos...*, cit., pp. 70-71, y Currie, David, “The Constitution in the Supreme Court: The New Deal, 1931-1940”, cit., pp. 506 y 507.

⁴³¹ Currie, David, “The Constitution in the Supreme Court: The Second World War: The Preferred-Position Debate, 1941-1946”, cit., p. 1.

⁴³² El nombramiento del nuevo *chief justice* es importante, pues el liderazgo de Harlan en la defensa los derechos civiles es destacable.

⁴³³ El presidente nombró, entre 1937 y 1941, a los nueve jueces que componen la Corte Suprema en los Estados Unidos, un suceso sin precedentes desde la integración de la Corte primigenia del presidente Washington. Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas...*, cit., p. 221.

⁴³⁴ 312 U. S. 100 (1941).

⁴³⁵ 317 U. S. 111 (1942).

⁴³⁶ En Europa el cambio del Estado liberal al modelo de Estado social de derecho se había venido produciendo desde finales del siglo XIX. En el ámbito de bienestar, señala Sánchez-Barba, los Estados Unidos habían marchado siempre detrás de Europa. Hernán-

6. *El realismo jurídico en la Corte Suprema de los Estados Unidos*

Vimos que juristas, como Holmes, Cardozo o Pound comenzaron a desafiar el modelo formalista imperante; sin embargo, la definitiva “demolición” de la concepción jurídica dominante, así como el planteamiento alternativo original, vendría de la mano del realismo jurídico.⁴³⁷ Este movimiento se inicia con el artículo de Llewelyn: “Some Realism about Realism-Responding to Dean Pound”.⁴³⁸ El derecho, que se había entendido como una entidad casi mística, debía transformarse en un producto humano, diseñado para conseguir las finalidades buscadas por la sociedad.

Los principios individualistas son cuestionados por Jerome Frank,⁴³⁹ sobre ellos estaba fundamentado el *common law*: la situación había cambiado, aquellos principios del *laissez-faire* no ofrecían soluciones a los problemas de la sociedad de la época; sin embargo, la Corte Suprema se-

dez Sánchez-Barba, Mario, *Historia de Estados Unidos de América. De la República burguesa al poder presidencial*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 319-347. Para Marian Ahumada, la Corte estaba abandonando la doctrina del gobierno limitado, y se inauguraba una época de *laissez faire for legislators* en materias de carácter social y económico: “Para lo sucesivo, los límites que la Constitución impone a un gobierno central legítimamente activista son otros”. Ahumada Ruiz, Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, cit., p. 206.

⁴³⁷ Sobre el realismo jurídico nos basamos principalmente en Recaséns Siches, Luis, “El pensamiento jurídico anglosajón y el europeo”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, núm. 23, 1965, pp. 169-193; id., *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, Porrúa, 1980; Solar Cayón, José Ignacio. *El realismo jurídico de Jerome Frank...*, cit., pp. 60 y ss.; Giuliani, Alessandro, “Los presupuestos de la filosofía del derecho norteamericana”, cit., pp. 215-308; Bayón Mohino, Juan Carlos, “El concepto de derecho en el realismo jurídico americano. Una reinterpretación”, en Yáñez, Ángel R., *Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Escritos jurídicos*, Cantabria, Universidad de Cantabria, 2003.

⁴³⁸ Llewelyn, Karl N., “Some Realism about Realism-Responding to Dean Pound”, *Harvard Law Review*, vol. 44, núm. 8, 1930-1931, pp. 1222-1265, es la respuesta al ensayo: Pound, R., “The Call for a Realist Jurisprudence”, vol. XLIV, núm. 5, 1931, pp. 697-711. Pound critica lo que considera planteamientos radicales del grupo.

⁴³⁹ La importancia de Jerome Frank para el derecho contemporáneo sería difícil de exagerar. Como pionero del movimiento realista, cimienta muchas de las corrientes jurídicas de la actualidad. De ahí que sorprenda la casi inexistencia de traducciones al castellano de su obra, sólo dos (Frank, Jerome, *Derecho e incertidumbre*, traducción de Carlos M. Bidegain, México, Distribuciones Fontamara, 1993, y Frank, Jerome, *La influencia del derecho europeo continental en el “common law”. Algunas reflexiones sobre el derecho comparado y contrastado*, traducción de José Puig Brutau, Barcelona, Bosch, 1957). Tradicionalmente se ha considerado a Jerome Frank como un extremista, quizás el libro de Solar Cayón ayude a matizar esta idea. Solar hace énfasis en la incomprensión de la obra de Frank.

guía defendiendo la propiedad y la libertad contractual; según las concepciones jurídicas de la época, las acciones gubernamentales estaban destruyendo los derechos de propiedad.⁴⁴⁰

El realismo desenmascara la “lógica” judicial con la que trabajaban los jueces. Jerome Frank, en su obra más importante, *Law and the Modern Mind*, deja claro que los fundamentos jurídicos del juez no son sino una vía a posteriori que justifica la previa decisión que toma el juez guiado por intuiciones personales.⁴⁴¹ Sólo el juez tiene la facultad de establecer su significación. Para él, el derecho no es otra cosa que las decisiones judiciales.⁴⁴²

Jerome Frank, el profesor que con Llewelyn comenzara el movimiento realista, fue nombrado consejero general de la Agricultural Adjustment Administration, uno de los principales centros impulsores de reformas dentro del ambicioso programa del *New Deal*.⁴⁴³

⁴⁴⁰ “...it was depriving labor of the common law right to competitive for jobs at low wages; it was invading the accepted domain of great business organizations; it was violating the fundamental legal basis for taxation; it was abandoning the conception of liberty itself but up by the Constitution and the Common Law”. Thurman, Arnold, “Judge Jerome Frank”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 24, 1956-1957, p. 636.

⁴⁴¹ Cfr. Jerome, Frank, *Law and the Modern Mind*, Gloucester, Peter Smith, 1970, p. 108. Sobre esto véase Solar Cayón, José Ignacio, *El realismo jurídico de Jerome Frank...*, cit., p. 106. Jerome va en contra del pensamiento de su época, donde prima todavía la concepción silogística, que suponía la operación mecánica por la cual supuestamente el juez llegaba a sus conclusiones. Para él, la norma jurídica está indeterminada; esta indeterminación es consecuencia del carácter ambiguo e impreciso del lenguaje. Frank, Jerome, “Words and Music: Some Remarks on Statutory Interpretation”, *Columbia Law Review*, vol. 47, núm. 8, 1947, p. 1263.

⁴⁴² De ahí que defina al derecho con las siguientes palabras: “Para cualquier lego, el derecho con respecto a cualquier conjunto particular de hechos, es una decisión de un tribunal relativa a tales hechos en la medida en que tal decisión afecta a esa persona particular. Hasta que un tribunal haya juzgado aquellos hechos ningún derecho sobre esa materia existe aún. Antes de tal decisión, el único derecho disponible es la opinión de los abogados en cuanto al derecho relativo a aquella persona y aquellos hechos. Tal opinión no es realmente derecho sino solamente un vaticinio en cuanto a lo que un tribunal decidirá. El derecho, entonces, respecto a una situación dada es bien, (a) un derecho real, es decir, una decisión específica en el pasado relativa a esa situación, o (b) un derecho probable, es decir, un vaticinio relativo a una decisión específica en el futuro” (Frank, Jerome, *Law and the Modern Mind*, cit., pp. 50 y 51. La traducción la hemos tomado de Solar Cayón, José Ignacio, *El realismo jurídico de Jerome Frank...*, cit., p. 86).

⁴⁴³ La labor de Frank en la administración de Roosevelt fue muy activa. En diciembre de 1937 fue designado como uno de los cinco miembros de la Securities and Exchange Commission (el equivalente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores española), de la que en 1939 llegaría a ser presidente. Durante este tiempo Frank participó en la re-

En ese momento la Corte vivió una verdadera revolución: la doctrina norteamericana coincide en reconocer que el *New Deal* representó una transformación en la interpretación constitucional, por lo que algunos autores hablan de un constitucionalismo después del *New Deal*.⁴⁴⁴ La idea de una Corte Suprema con decisiones jurídicas neutrales parecía demostrar que la decisión *Lochner* había sido un error; era un ejemplo de lo que no se debía hacer, y la restricción judicial parecía el nuevo paradigma.

La deferencia al legislador se consideraba el nuevo ejemplo. Holmes había señalado en su artículo “The Theory of Legal Interpretation”, que lo que permite la adaptación de la Constitución a la realidad social es la posibilidad de mantener diferentes posiciones acerca de los preceptos constitucionales:

...no es verdad que en la práctica (y no conozco ninguna razón por la que la teoría deba contradecir los hechos) una palabra dada o incluso una disposición concreta de palabras tenga un significado concreto y no otro. Una palabra tiene generalmente diferentes significados, incluso en el diccionario... Por lo que hay que considerar —agrega— la oración en la que está inmersa para decidir cuál de los significados es el más adecuado al caso particular.⁴⁴⁵

En un famoso libro, Evans Hughes —presidente de la Corte Suprema de 1930 a 1941— señala: “La Corte no debe entrar a decidir cuestiones sobre validez constitucional de la legislación, a menos que estas cuestiones se planteen y tengan que ser necesariamente resueltas”. Evans considera que en el caso en que una ley es razonablemente susceptible de dos

dacción de muchos de los proyectos legislativos impulsados por el gobierno federal. Soler Cayón, José Ignacio, *El realismo jurídico de Jerome Frank...*, cit., p. 21.

⁴⁴⁴ Sunstein, Cass R., “Constitutionalism After New Deal”, cit., pp. 421-510; Herschkoff, Helen, “Rights and Freedoms under the State Constitution: A New Deal for Welfare Rights”, *Touro Law Review*, vol. 13, 1996-1997, p. 631.

⁴⁴⁵ Holmes, Oliver Wendell: “The Theory of Legal Interpretation”, *Harvard Law Review*, vol. 12, 1898-1899, pp. 417-421. It is true that in practice (and I know no reason why theory should disagree with the facts) a given word or even a given collocation of words has one meaning and no other. Esta idea es ahora patrimonio del constitucionalismo. Véase por ejemplo Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, cit., pp. 18 y 19. “El carácter incompleto de la Constitución puede deberse a que no sea necesaria una norma constitucional. La Constitución no codifica sino que únicamente regula... aquello que parece importante y que necesita determinación...”. Para Hesse, si la Constitución quiere hacer posible la resolución de las múltiples situaciones críticas históricamente cambiantes su contenido habrá que permanecer necesariamente “abierto al tiempo”.

interpretaciones distintas, “una de las cuales la haría inconstitucional y la otra válida, el deber del juez es adoptar la interpretación que deja a salvo su constitucionalidad”.⁴⁴⁶

La regla de Thayer se consideró sinónimo de respeto por la democracia. Nadie parecía dudar sobre la legitimidad de la libertad del legislador, así como del papel restringido de la Corte. Por ejemplo, para el magistrado Frankfurter, defensor de la teoría del error claro, cuando la Corte se encuentra ante la posible inconstitucionalidad de una ley por vulnerar una cláusula abierta se deberá presumir que la interpretación realizada por el legislador es una de tantas interpretaciones que la cláusula ofrece.⁴⁴⁷ Y es que las Constituciones escritas ofrecen un amplio margen de discrecionalidad, por lo que el voto judicial debe ser ejercido sólo en casos en los que no deja lugar a una duda razonable.⁴⁴⁸

⁴⁴⁶ Evans Hughes, Charles, *La Suprema Corte de Estados Unidos*, cit., p. 52. Evans cita la sentencia *United States vs. Delaware & Hudson Co.*, 213 U. S. 366 (1909), como ejemplo de la aplicación del principio que hace presumir la constitucionalidad de la ley. Sobre esto el magistrado Brandeis señala: Ningún principio de nuestra Constitución está tan firmemente establecido como que el que señala que: “al resolver sobre la validez de una ley, esta Corte no puede inquirir los motivos tenidos en cuenta por el Congreso para dictarla”. *Hamilton vs. Kentucky Distilleries & Warehouse*, 251 U. S. 146, 161. (1919).

⁴⁴⁷ Frankfurter, Felix, “John Marshall and the Judicial Function”, *Harvard Law Review*, vol. 69, 1955-1956, p. 229.

⁴⁴⁸ Mendelson, W., “The Influence of James B. Thayer upon the Work of Holmes, Brandeis and Frankfurter”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 31, 1978. p. 72. Véase, también, Calabresi, Steven, “Thayer’s Clear Mistake”, *Northwestern University Law Review*, vol. 88, 1993-1994, pp. 269-277; Tushnet, Mark, “Thayer’s Target: Judicial Review or Democracy?”, *Northwestern University Law Review*, vol. 88, 1993-1994, pp. 9-41, y Byron Gabin, Sanford, “Judicial Review, James Bradley Thayer, and «Reasonable Doubt» Test”, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 3, 1975-1976, pp. 961-1014. El magistrado Brandeis, en 1936, establece una serie de principios que a su juicio debían regir la actuación de la Corte Suprema. Uno de esos principios refleja la regla del error claro de Thayer; sin embargo, Brandeis parece más cauteloso al señalar que no es suficiente con que exista una seria duda de constitucionalidad, debe existir una “preponderancia” de elementos de duda para juzgar la constitucionalidad de la ley, es decir, deben existir elementos previos que animen al juez a realizar el examen de constitucionalidad. *Ashwander vs. Tennessee Valley Authority*. 297 U. S. (1936). Cfr. López Bofil, Héctor, *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, Valencia, Tirant Monografías, 2004, pp. 246 y 247. La doctrina de Thayer ha sido asimilada por el constitucionalismo europeo: “La misión de la justicia constitucional —señala Prieto Sanchís— no es tanto la de precisar la mejor o la única respuesta posible, sino más bien la de indicar qué interpretaciones resultan intolerables”. Idea que se vincula más a lo que es admisible por la Constitución que a la subsunción de las normas constitucionales, y, por ende, la argumentación constitucional está abierta a consideraciones “valorativas”, “finalistas” y “prudenciales”. Prieto Sanchís, Luis, “Notas sobre la interpretación constitucional”, *Revista del Centro de*

7. *El juicio de constitucionalidad después de Lochner vs. New York*

Desde los últimos cincuenta años ha existido una relación “simbiótica” entre legitimación constitucional de la era del *New Deal* y un rechazo teórico de las decisiones judiciales de la era *Lochner*. La crítica típica señala que los magistrados expusieron sus propios puntos de vista, sus concepciones personales primaron y no la verdad jurídica. Sin embargo, de un análisis más mesurado de las sentencias de la era *Lochner* se destaca que para la Corte de aquella época lo importante era salvaguardar los derechos que consideraban esenciales: la libertad contractual era una de ellas.⁴⁴⁹

A los ojos de Jerome Frank, como de otros compañeros realistas,⁴⁵⁰ los jueces, aunque sustentan sus resoluciones con argumentos jurídicos, en realidad basan sus fallos en ideologías personales. Las decisiones de la Corte Suprema de la era *Lochner* parecen probar las aseveraciones de Jerome Frank.

Si en la era *Lochner* —sentencia que ahora se considera un error de la Corte—⁴⁵¹ los jueces usaban derechos sustantivos para fundamentar sus fallos, parecía fácil inferir que simplemente aquellos jueces se equivocaron: la Corte no puede imponer su propia ideología, no debe usar el debido proceso sustantivo (*substantive due process*). Los críticos de la sentencia *Lochner* son conscientes de esto; sin embargo, como señalamos en el

Estudios Constitucionales, núm. 9, 1991, p. 177. La presunción de la ley es todavía más fuerte en el ámbito constitucional europeo, señala Enrique Alonso García, más sensible a la crítica de raíz jacobina contra la Constitución. Este es el principio de la interpretación conforme a la Constitución. *Cfr.* Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, *cit.*, p. 201. Alonso García, Enrique, “Los efectos formales de la declaración de inconstitucionalidad en el derecho constitucional norteamericano”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 6, 1982. Véase la propuesta Lora Deltoro, Pablo de, “La posibilidad del constitucional thayeriano”, *cit.*, pp. 49-75. Para él la regla de Thayer debiera ser más estricta “los tribunales constitucionales sólo deberían proceder a la declaración de inconstitucionalidad cuando todos los miembros estuvieran de acuerdo”. *Ibidem*, 50.

⁴⁴⁹ Horwitz, Morton, “Republicanism and Liberalism in American Constitutional Thought”, *William and Mary Law Review*, vol. 29, 1987-1988, p. 62.

⁴⁵⁰ Solar Cayón cita a William Douglas, Thurman Arnold, Herman Oliphant, Wesley Sturges, Walton Hamilton y Félix Cohen. Solar Cayón, José Ignacio, *El realismo jurídico de Jerome Frank...*, *cit.*, p. 78.

⁴⁵¹ El error de la sentencia *Lochner*, como una sentencia donde los jueces actúan anteponiendo sus propias preferencias, ha sido sostenida por muchos constitucionalistas. Este fue, por ejemplo, el principal argumento del juez Oliver W. Holmes en su voto disidente en *Lochner*.

capítulo previo, existen otras sentencias, también basadas en un supuesto derecho sustantivo que, al contrario de *Lochner*, son consideradas laudables por los mismos progresistas, entonces ¿cuál es la diferencia entre *Lochner* y, por ejemplo, *Roe vs. Waden*⁴⁵²—donde se reconoce el derecho de las mujeres a abortar—? ¿Cómo justificar el activismo de la Corte sin miedo a que se repitan las sentencias “formalistas” tipo *Lochner*?⁴⁵³

Para la Corte Suprema de la época clásica los criterios lógicos no eran suficientes para considerar que una norma era constitucional o no. Las normas debían cumplir con el debido proceso sustantivo; sin embargo, aquellos derechos considerados tradicionalmente por la Corte como fundamentales estaban relacionados con la propiedad. Se considera que la ley vulneraba la libertad contractual de forma arbitraria, por lo que era contraria a la cláusula del “deberido proceso”.

La Corte recuerda la importancia de los derechos económicos, declarando inconstitucional la legislación que restringía la libertad contractual. Al estar desacreditada la práctica de invocar derechos sustantivos como el de propiedad se provoca un vacío que no era fácil llenar.

De ahí que Jennifer Nedelsky afirme “la propiedad dejó de servir como límite entre los derechos individuales y el poder gubernamental”.⁴⁵⁴ La propiedad lo abarcaba todo, “la propiedad era y debía ser no sólo el símbolo, sino también la fuente y la garantía de la libertad individual”.⁴⁵⁵

⁴⁵² 410 U. S. 113 (1973). Se ha señalado con insistencia que el uso del *substantive due process* usado en la era *Lochner* es el mismo que se usa en la sentencia *Roe vs. Waden*: el *substantive due process* pasó de amparar la libertad contractual a amparar el derecho a abortar. Beltrán de Felipe, Miguel, *Originalismo e interpretación: Dworkin vs. Bork. Una polémica constitucional*, cit., p. 61. Véase, también, Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, cit., p. 285.

⁴⁵³ Vimos que John Hart Ely resuelve este problema apelando a lo que llama “derechos procedimentales” y negando el valor de los derechos sustantivos en la Constitución.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 263.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, p. 264. Jennifer Nedelsky critica la sugerencia de retomar la importancia de la propiedad privada como valor tradicional de límite al gobierno, pero trasformarlo e iniciar así una reforma igualitaria: usar la propiedad, concepto que tradicionalmente ha sido la base de la desigualdad y de los límites de la democracia, para convertirlo en la base de la igualdad y la democracia. Recordemos que la propiedad sirvió para proteger el derecho de los negros en el ámbito de la segregación racial en la vivienda. Ese tipo de segregación fue el primero en desaparecer: “La propiedad es más que algo que las personas poseen, es elemental que este incluya el derecho de adquirir, usar y disponer del bien. La Constitución protege este esencial atributo de la propiedad”. *Buchanan vs. Warley* 245 U. S. 60, 74 (1917). Ahora se sugiere que ese mismo derecho dé cabida a una mejor distribución de la riqueza. Un ejemplo sería la sugerencia de una corte de distrito que ante el cierre de una refinería que representaba una fuente importante de empleo señala: “La

La propiedad estaba revestida de un poder retórico: el mito de la propiedad fue crucial para la conformación de las categorías e instituciones que conforman el constitucionalismo estadounidense.⁴⁵⁶

Por algún tiempo parecía que a la Corte le había quedado clara la imposibilidad de recurrir a lo que entendía como derechos fundamentales casi absolutos, como el de la propiedad.⁴⁵⁷ A partir de 1937 se aplaudían las voces disidentes que en la era Lochner conformaban la resistencia a la Corte. En la sentencia *Lochner*,⁴⁵⁸ por ejemplo, el magistrado Oliver W. Holmes deja clara su posición, que no es otra sino la deferencia a la labor legislativa.

Para el autor de *The Path of the Law*, el juez puede estar de acuerdo o no con ciertas leyes. Holmes hace referencia a leyes de contenido social y que la propia Corte había refrendado en *Holden vs. Hardy*, de 1898; sentencia donde se conoce de una ley que establecía una jornada de trabajo máxima para los mineros. Sin embargo, señala la Corte, la Constitución no pretende

...hacer suya una teoría económica determinada, bien se trate del paternalismo, del organicismo político o del *laissez faire*. Una Constitución está

ley puede reconocer el derecho de propiedad de la comunidad en la medida en que la U. S. Steel no puede abandonar el área de Youngston en condición de desastre, de que no puede desistir por completo de su obligación hacia la comunidad, porque de esa larga relación con la institución han surgido ciertos derechos creados". Una corte de apelaciones finalmente señala que "El mecanismo para llegar a esa disposición ideal para reconocer este nuevo derecho de propiedad no existe en el código de leyes de nuestra nación" U. S. Court of Appeals, *Steelworkers, Local 1330 vs. U. S. Steel Corporation*, 105 LRRM 2312, p. 2324. Citado por Nedelsky, Jennifer, "El constitucionalismo estadounidense y la paradoja de la propiedad privada", en Elster Jon y Slagstad, Rune, *Constitucionalismo y democracia*, cit., p. 276. Para Nedelsky modificar el concepto de propiedad no sería sencillo, pues "el concepto de propiedad tiene ya una larga tradición, que no sería fácil interrumpir y que va en sentido inverso a los afanes igualitarios y democráticos... La fuerza misma de la tradición de la propiedad la convierte, en cierto modo, en una base precaria para la innovación". *Ibidem*, pp. 278 y 279.

⁴⁵⁶ *Ibidem*, p. 266. La tesis principal de Nedelsky es demostrar el vacío que dejó el hecho de restarle importancia al derecho de propiedad. A partir de 1937 la Corte Suprema abandona todos los medios que usaba para prevenir la intromisión legislativa en los derechos de propiedad.

⁴⁵⁷ El derecho de propiedad quedó revestido de un aura de derecho natural, mucho después de que las teorías de derecho natural ya no fueran generalmente aceptadas: "La retórica jurídica, así como la política, implicó que los derechos de propiedad daban efecto a algún fenómeno natural preexistente, cuya concreción daba una certidumbre y una sustancia intuitiva al contrato jurídico". *Ibidem*, p. 273, nota 19.

⁴⁵⁸ 198 U. S. 45 (1905).

hecha para el pueblo; el pueblo está compuesto por personas cuyas ideas fundamentales y convicciones pueden no coincidir. Y el hecho de que pensemos que alguna idea es natural o evidente, o novedosa o incluso chocante, no debe influir sobre nuestro juicio acerca de la constitucionalidad de las leyes que son expresión de ellas.⁴⁵⁹

En su voto particular a la sentencia *Abrams vs. United States*⁴⁶⁰ señala: “No creo que se extinguieran los Estados Unidos si perdiéramos el control sobre la constitucionalidad de las leyes”. En otra ocasión señalaría: “Hace unos setenta y cinco años que aprendí que yo no era Dios. Así, cuando la gente... quiere hacer algo y no encuentro nada en la Constitución que expresamente prohíba hacerlo, me guste o no, tengo que exclamar... ¡Maldita sea!, dejarles que lo hagan”.⁴⁶¹

En el contexto de la sentencia *Lochner*, las palabras de Holmes parecen estar de acuerdo con la justicia; además, respetan los principios constitucionales básicos anunciados por Thayer; sin embargo, parece dar carta blanca a las decisiones legislativas; pero ¿de verdad el legislador puede decidir a su arbitrio y sin limitaciones sobre los asuntos públicos? Si el juez constitucional considera que no puede, ¿en qué debe fundamentar el juez su negativa?

Si el juez no puede usar el derecho a la propiedad, la quintaesencia de los derechos individuales que sirvió como límite al poder del gobierno, ¿en qué se fundamentará?, ¿en qué habían de sustentar los fallos aquellos jueces? Parecía haber dos caminos a seguir: volver a la doctrina Thayer dejando en manos del Legislativo todo aquello que pareciese no encontrar respuesta en el texto constitucional o buscar nuevas fórmulas que permitieran a la Corte seguir decidiendo sobre asuntos de interés público.

⁴⁵⁹ 198 U. S. 45. La posición de Holmes en este voto disidente se encuentra en sintonía con su pensamiento dentro y fuera de la Corte. Holmes siempre enfocaba los temas desde un punto de la tolerancia hacia la labor legislativa, salvo en materia de la libertad de expresión. Resaltó siempre los límites del Poder Judicial y el peligro que supone dejar a los jueces incorporar a la Constitución sus convicciones personales.

⁴⁶⁰ 250 U. S. 616, 630 (1919).

⁴⁶¹ Citado por Schwartz, Bernard, *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, traducción de Enrique Alonso García, Madrid, Civitas, 1990, pp. 56 y 57. Son famosos los votos disidentes del magistrado Holmes. Aunque, contra lo que se cree popularmente, éstos no fueron muchos. Schwartz nos explica que el tribunal dictó seis mil sentencias en el periodo en el que Holmes formó parte del mismo y sólo emitió o se adhirió a setenta votos particulares. *Ibidem*, p. 55. Sobre la sentencia *Abrams vs. United States* véase Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas..., cit.*, pp. 187-191.

Cass Sunstein advierte que el “error” en *Lochner* no fue el activismo judicial, como afirmara Holmes, el error de la Corte fue sostener que los principios del orden económico que sustentaba el *common law* eran parte de un orden natural que debía sustentar al derecho, por lo que la acción del Estado estaba justificada.⁴⁶²

8. La sentencia *United States vs. Carolene Products Co.*

El nuevo estándar de revisión

Si en la era *Lochner* la premisa era defender a toda costa los derechos de propiedad, a partir de la década de los treinta comienzan a valorarse los derechos sociales. Pero el cambio más importante vendría de la mano de una sentencia: *United States vs. Carolene Products Co.*⁴⁶³ La sentencia sugiere una protección especial; no ya sólo un derecho determinado. La diferenciación que se propone estaría determinada por el sujeto cuyos derechos parecen estar lesionados. La Corte, en *Carolene Products Co.*,⁴⁶⁴

⁴⁶² Sunstein, Cass R., “*Lochner Legacy*”, *Columbia Law Review*, vol. 87, núm. 5, 1987, pp. 873-919. Sobre esta reevaluación de la sentencia *Lochner* se han escrito una serie de ensayos; la mayoría de ellos coinciden con la tesis de Cass Sunstein. Véase, por ejemplo, Fleming, James E., “*Fidelity, Basic Liberties, and the Specter of Lochner*”, *William and Mary Law Review*, vol. 41, 1999-2000, pp. 147-176; Friedman, Barry, “*The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Tree: The Lesson of Lochner*”, *New York University Law Review*, vol. 76, 2001, pp. 1383-1453; White, G. Edward, “*Revisiting the Substantive Due Process and Holmes’s Lochner Dissenting*”, *Brooklyn Law Review*, vol. 63, 1997, pp. 87-128. La posición contraria es sostenida por Bernstein, para quien las decisiones de la Corte de la era *Lochner* estaban sustentadas en una doctrina con la que los miembros de la Corte comulgaban. De hecho, la Corte había dejado claro que la legislación podía derogar principios contenidos del *common law*. El autor trata de probar lo anterior señalando sentencias donde la Corte expresamente declara que “nadie tiene un *vested rights* en una regla particular del *common law*” [la cita específica es de la sentencia *Truax vs. Corrigan*, 257 U. S. 312, 229 (1921), pero Bernstein nos advierte que el principio se sostuvo en muchas otras sentencias]. Lo que significaría que la Corte había dejado de sustentar los fallos en la cláusula del debido proceso sustantivo, eso sí, sólo en algunos casos. Bernstein, David, “*Lochner’s Legacy’s Legacy*”, *Texas Law Review*, vol. 82, 2003-2004, pp. 1-64. Sunstein defiende su postura en Sunstein, Cass R., “*Lochring*”, *Texas Law Review*, vol. 82, 2003-2004, pp. 65-71.

⁴⁶³ 304 U. S. (1938).

⁴⁶⁴ 304 U. S. 144, 152-153 (1938). La traducción es nuestra. Este mismo párrafo es citado en Solar Cayón, José Ignacio, *Política y derecho en la era del New Deal*, cit., p. 151. La propuesta de Ely sobre Constitución procedural se basa precisamente en el análisis de esta sentencia. Véase el capítulo IV de su libro. En éste se encuentra una transcripción de la nota 4 de la sentencia citada: Hart Ely, John, *Democracia y desconfianza*, cit., pp. 99 y ss. Otra traducción y un análisis de esta nota puede verse en Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias*

revisa la constitucionalidad de una ley que prohibía el embarque para el comercio interestatal de leche desnatada que contuviera alguna grasa no láctea. La empresa Carolene consideraba que tal norma excedía los poderes del Congreso, es decir, una violación a la enmienda X, así como una presunta vulneración al derecho a no ser privado de la propiedad sin el debido proceso legal.

La sentencia reza:

Debe presumirse la existencia de hechos que apoyan la elección legislativa, puesto que la elección reguladora que afecta a las transacciones comerciales ordinarias no debe declararse inconstitucional a menos que a la luz de los hechos conocidos o generalmente asumidos se haga imposible la asunción de que descansa sobre alguna base racional dentro del conocimiento y la experiencia de los legisladores.⁴⁶⁵

En este párrafo, de clara inspiración thayeriana, se establece una especial deferencia a favor del Legislativo. Sin embargo, el magistrado Harlan Stone, en la nota 4 de dicha sentencia, sugirió que la legislación, cuando era cuestionada por determinado tipo de pretensiones constitucionales, quizás no merecería la misma deferencia que la inmensa mayoría de la legislación. Es en esta sentencia donde se formula un nuevo estándar de revisión constitucional.

Concretamente sugirió la existencia de categorías respecto de las cuales no sería apropiada la presunción general de constitucionalidad de las leyes. El primer párrafo, añadido a sugerencia del presidente de la Corte Suprema, Hughes, apunta a la necesidad de un examen judicial mayor cuando están en juego derechos explícitamente mencionados en el texto de la Constitución:

Tal vez exista un alcance más estrecho para la operación de la presunción de la constitucionalidad cuando la legislación parece encontrarse dentro de

básicas..., *cit.*, pp. 240-247. Además, pueden encontrarse comentarios a esta nota en Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, *cit.*, p. 289-29; Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, *cit.*, pp. 56 y 60; Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, *cit.*, p. 149; Wolfe, Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional*, *cit.*, pp. 245 y 350; Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, p. 101; Schwartz, Bernard, *Los poderes del gobierno*..., *cit.*, p. 285; Gargarella, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 141, y Bianchi, Alberto B., *Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema de los Estados Unidos*..., *cit.*, pp. 29, 43 y 47.

⁴⁶⁵ 304 U. S. 144, 152-153 (1938).

una prohibición específica de la Constitución, como las de las primeras diez enmiendas. También pudo considerarse una prohibición específica aquellas que se consideran dentro de la Enmienda XIV⁴⁶⁶ (*Stronberg vs. California*, 1931 y *Novell vs. Griffin*, 1938).

El segundo párrafo habla de un posible examen especial cuando las actividades de otros poderes públicos interfieran:

Es innecesario considerar ahora si tal legislación que restringe esos procesos políticos, y de la cual puede esperarse que cause la abrogación de la legislación indeseable, deba ser sujeta a un escrutinio judicial más estricto por encontrarse bajo las prohibiciones generales de las Enmienda XIV como sucede con la mayoría de los otros tipos de legislación. Como las restricciones al derecho al voto. Véase *Nixon vs. Herndon* (1927) y *Nixon vs. Condon* (1932), sobre las limitaciones a la difusión de información *Near vs. Minnesota* (1932), *Grosjean vs. American Press Co.* (1936) y *Novell vs. Griffin*, y sobre la intervención en materia de organizaciones y partidos políticos *Fiske vs. Kansas* (1927), *Whitney vs. California* (1927), *Rendón vs. Lowry* (1937), y Holmes en *Gliilow vs. New York* (1925), y finalmente, sobre la prohibición del derecho de reunión y manifestación *De Jorge vs. Oregon* (1937).

El párrafo tercero es el más vigoroso, pues sugiere que el prejuicio dirigido contra “minorías diferenciadas y aisladas” debería también dar lugar a un examen judicial más cuidadoso:

No nos preguntamos ahora si debiera existir un similar análisis de constitucionalidad de las normas que perjudican grupos religiosos, *Pierce vs. Society of Sisters* (1925), o a minorías nacionales (*Meyer vs. Nebraska*, 1923), o raciales (*Nixon vs. Herndon*, 1927 y *Nixon vs. Condon*, 1932) y las normas que están dirigidas a perjudicar minorías diferenciadas y aisladas, ya que éstas pueden ser condiciones especiales que tienden a debilitar seriamente la operación de los procesos políticos que se establecerían ordinariamente para proteger a minorías.

El texto del segundo y tercer párrafo acepta en términos generales que en ciertas ocasiones se justifiquen las decisiones contramayoritarias por el especial valor de ciertos derechos que corren el riesgo de ser ignorados por la mayoría.

La postura de Harlan en la nota al pie se formula definitivamente en la sentencia *Thomas vs. Collinsk*,⁴⁶⁷ en la que la Corte afirmará que los de-

⁴⁶⁶ 304 U. S. 144, 152-53 (1938).

⁴⁶⁷ 323 U. S. 516 (1945).

rechos consagrados en el *Bill of Rights*⁴⁶⁸ gozan de una protección constitucional muy fuerte, por lo que las normas del Congreso que las amenacen tendrán una presunción de inconstitucionalidad.

Se establece la doctrina de las *preferred freedoms* o *preferred position* (posición preferente o privilegiada). En la década de los treinta la Corte opta por una posición menos deferente al legislador anulando restricciones a libertades políticas. En *Stromberg vs. People of State of California*,⁴⁶⁹ de 1931, se declara la inconstitucionalidad de una sentencia que condenaba a un sujeto acusado de comunista por la posesión de una bandera roja. En *Herndon vs. Lowry*,⁴⁷⁰ de 1937, se establece un principio fundamental conforme al cual la libertad de expresión es la regla, y la limitación a esta libertad es la excepción. Lo que parecía estar sugiriendo la Corte es la existencia de derechos de especial valor ante los cuales la presunción de constitucionalidad legislativa era menor.

Sin embargo, la primera vez que se formuló la frase *preferred position* fue en el voto particular del magistrado presidente Stone en la sentencia *Jones vs. Opelika*,⁴⁷¹ de 1941, diciendo que la primera enmienda no se limitaba a salvaguardar la libertad de expresión y la libertad religiosa contra los intentos discriminatorios que atentan contra ellas. “La Constitución, en virtud de las enmiendas I y XIV, las coloca en una posición preferente”.⁴⁷²

La sentencia *Carolene* refleja la nueva postura de la Corte: un sistema de presunciones, sistema que, sin embargo, se “lanzó sólo como señal” advierten Beltrán de Felipe y González García: la jurisprudencia posterior extrajo —no sin dificultades— conclusiones acerca de la intensidad del control de constitucionalidad y, consecuentemente, acerca de la deferencia para con el legislador.⁴⁷³

⁴⁶⁸ Recordemos que en 1791 se añadió a la Constitución una declaración de derechos consistente en diez enmiendas, que conforman el *Bill of Rights*, y que enumeran ciertos derechos como la adición de las restantes enmiendas producto de la guerra civil. Rosenfeld, Michel, *Nacimiento y evolución de los derechos humanos en los Estados Unidos*, *cit.*

⁴⁶⁹ 283 U. S. 359 (1931).

⁴⁷⁰ 301 U. S. 242 (1937).

⁴⁷¹ 316 U. S. 584 (1942).

⁴⁷² *Ibidem*, p. 241. Sobre los *preferred freedoms*, véase, Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución...*, *cit.*, pp. 280-286. Dorado Porras, Javier, *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos*, *cit.*, p. 27.

⁴⁷³ Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas...*, *cit.*, pp. 241 y 242.

Si la doctrina de Thayer dejó claro que las normas emanadas del Congreso gozaban de la presunción de constitucionalidad, ahora se introduce una lógica diferente. La mención en la nota 4 de la sentencia *Carolene* hizo posible el uso de una revisión judicial más activa; en ciertos ámbitos se consolidó como un nuevo paradigma para el examen judicial de leyes que discriminan contra ciertos grupos.

Para Ackerman se cambia la dirección de la protección de los derechos que seguía la antigua Corte, pues ésta favorecía a los dueños de la propiedad que gozan de amplia oportunidad de salvaguardar sus propios intereses.⁴⁷⁴ De esta forma, un proceso democrático justo generaría sistemáticamente resultados más favorables a los intereses de la minoría.⁴⁷⁵

9. *El escrutinio estricto o strict scrutiny: Korematsu vs. United States*

El primer caso donde se utiliza el escrutinio más oneroso sugerido en *Carolene* fue *Korematsu vs. United States*.⁴⁷⁶ En *Korematsu* se estudia el internamiento de descendientes de japoneses durante la Segunda Guerra Mundial. Tras el ataque japonés a Pearl Harbour (diciembre de 1941), y tras fuertes presiones de los militares y los periódicos, el presidente Roosevelt dictó un decreto —*Executive order 9066*— el 19 de febrero de 1942,⁴⁷⁷ que autorizaba a las autoridades militares a deportar e internar

⁴⁷⁴ Ackerman, Bruce A., “Beyond Carolene Products”, *Harvard Law Review*, vol. 98, 1984-1985, p. 715.

⁴⁷⁵ Ely se encarga de desarrollar la nota citada de la sentencia *Carolene* en su libro *Democracy and Distrust*, de 1980. Sobre este tema, además, ha surgido un debate de altísima calidad. Véase, por ejemplo, Estreicher, Samuel, “Platonic Guardians of Democracy: John Hart Ely’s Role for the Supreme Court in the Constitution’s Open Texture”, *cit.*; Tribe, “The Puzzling Persistence of Process Based Constitutional Theories”, *cit.*, p. 1063, y, sobre todo, Cover, “The Origins of Judicial Activism in the Protecting of Minorities”, *Yale Law Journal*, vol. 91, 1982, p. 1287. La teoría de las presunciones es estudiada en España por Víctor Ferreres en su obra *Justicia constitucional*, que ya hemos tenido oportunidad de comentar.

⁴⁷⁶ 323 U. S. 214, 216 (1944). En español, más que análisis sobre la sentencia *Korematsu* existen simples referencias: Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, *cit.*, pp. 282 y 290; Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, *cit.*, p. 265; Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, *cit.*, pp. 52 y 53; Martín Vida, María Ángeles, “Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos”, *cit.*, p. 157, y Bianchi, Alberto B., *Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema de los Estados Unidos...*, *cit.*, pp. 30, 106 y 277.

⁴⁷⁷ El texto completo de esta orden puede consultarse en línea: <http://www.ourdocuments.gov/content.php?flash=true&page=milestone>, se accedió a la página el 11 de agosto de 2005.

en campos de concentración a los norteamericanos de origen japonés. Aproximadamente 120,000 personas de origen nipón fueron obligadas⁴⁷⁸ a dejar sus hogares en San Francisco y en las ciudades de la costa oeste, consideradas zonas militares en las que no se podía permanecer, para más tarde ser trasladados a “centros de realojo”. La medida fue inmediatamente ratificada por el Congreso mediante una ley del 21 de marzo de 1942.

Fred Korematsu, ciudadano norteamericano que trabajaba en una fábrica de armamento en San Francisco, se negó a cumplir la orden de internamiento. Más tarde fue acusado de espía, por lo que fue detenido y condenado a cinco años de prisión. El caso fue llevado a la Corte Suprema, donde el magistrado Black, como ponente, resolvió con el voto de otros cinco magistrados ratificar la sentencia del juez inferior.⁴⁷⁹ Las restricciones a los derechos civiles ya se habían estudiado en las sentencias *Schenk vs. United States*⁴⁸⁰ y *Abrams vs. United States*.⁴⁸¹

La página cuenta con otros muchos documentos de gran interés, desde la resolución del general Lee de 1776 hasta la Voting Rights Act de 1965.

⁴⁷⁸ Kiyomi Serrano, Susan y Minami, Dale, “Korematsu vs. United States: A Constant Caution in a Time of Crisis”, *Asian Law Journal*, vol. 10, 2003, p. 37.

⁴⁷⁹ La Corte se fundamenta en la sentencia *Hirabayashi vs. United States*, 320 (1944), donde se conoce una norma que establecía un toque de queda para los ciudadanos con ascendencia o ciudadanía japonesa con objeto de evitar un sabotaje enemigo durante la Segunda Guerra Mundial.

⁴⁸⁰ 249 U. S. 47 (1919). La sentencia *Schenk* tiene su génesis en plena guerra contra Alemania. El señor Schenck imprimió y distribuyó pasquines contrarios a la guerra que incitaban a los reclutas a no luchar en Europa y a desobedecer las órdenes en combate. Los seguidores fueron acusados por delitos de conspiración, de incitación al amotinamiento y de obstrucción al reclutamiento obligatorio; delitos contenidos en las leyes de espionaje (1917) y de sedición (1918). Los acusados fueron condenados, y la sentencia ratificada por un juez federal. Finalmente, la defensa de *Schenk* apeló ante la Corte Suprema, que estudió la presunta violación al derecho a la libre expresión de la primera enmienda. El falló señala que la restricción a la libre expresión es constitucional si lo que se pretende es evitar un peligro claro e inminente (*clear and present danger*). Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas...*, cit., pp. 176-184.

⁴⁸¹ 250 U. S. 616 (1919). En la sentencia *Abrams vs. United States* la Corte estudia la constitucionalidad de las leyes de espionaje y de sedición que contenían los tipos penales por los que fue procesado y condenado el señor Abrams por la impresión y distribución de dos folletos de propaganda antibélica. La defensa de Abrams argumentó violación a la libertad de expresión y a la libertad de prensa. La Corte rechazó el recurso empleando la teoría del “peligro claro e inminente” de las sentencias *Schenck*, fundamentándose también en dos sentencias posteriores dictadas en el mismo sentido: *Frohwerk vs. United States* y *Debs vs. United States*. *Ibidem*, pp. 184-191. El magistrado Holmes, ponente en

La Corte señaló en *Korematsu* que “todas las disposiciones legales que restrinjan o eliminen los derechos civiles de un determinado grupo racial están automáticamente bajo sospecha, pero no son inconstitucionales por sí mismas, sino que los tribunales deben someterlas al más rígido de los criterios de control”.⁴⁸² El decreto del presidente Roosevelt denunciado por *Korematsu* superó el escrutinio por considerarse que la salvaguarda del Estado, interés que motivó al legislador, es primordial.⁴⁸³

El gobierno argumentó a favor de la ley:

Todos los japoneses, incluyendo los ciudadanos norteamericanos están, por cultura y por raza, predispuestos a ser leales a Japón y desleales a los Estados Unidos de América. Los japoneses de la costa oeste o han cometido o es probable que cometan actos de espionaje y sabotaje en contra de los Estados Unidos. El acto masivo está justificado porque no se cuenta con el tiempo suficiente para determinar la deslealtad individual.

La Corte señala: “Existen pruebas de que algunos ciudadanos de origen japonés no eran leales a los Estados Unidos, las autoridades militares consideraron que había que actuar urgentemente”.⁴⁸⁴ En realidad, señala Yamamoto, no se ofreció evidencia alguna a favor de estas premisas de las que parte la defensa del gobierno.⁴⁸⁵

La comparación con el estado de excepción vivido en Alemania en 1933, que culminó con el internamiento en campos de extermino de judíos y otras minorías es inevitable.⁴⁸⁶ El caso *Korematsu* ha sido tradi-

la sentencia *Schenk vs. United States*, parece cambiar su criterio en *Abrams vs. United States* adhiriéndose al voto disidente del magistrado Brandies, considerado una ejemplar defensa de la libertad de expresión. Véase Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas...*, *cit.*, p. 185.

⁴⁸² *Korematsu vs. United States*, 323 U.S. 216 (1944). Usamos la traducción de este párrafo hecha en Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas...*, *cit.*, p. 266.

⁴⁸³ La Corte había considerado en la sentencia *Graham vs. Richardson*, 403 U.S. 365, 371-372 (1971): “*Classification based on alienage. Like those based on nationality or race, are inherently suspected and subject to close judicial scrutiny*”.

⁴⁸⁴ Traducción de Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas...*, *cit.*, p. 268.

⁴⁸⁵ Yamamoto, Erick K., “*Korematsu Revisited-Correcting the Injustice of Extraordinary Government Excess and Lax Judicial Review: Time for a Better Accommodation of National Security Concerns and Civil Liberties*”, *Santa Clara Law Review*, vol. 26, 1986, pp. 8 y 9. Véase también Kiyomi Serrano, Susan y Minami, Dale, “*Korematsu vs. United States: A Constant Caution in a Time of Crisis*”, *cit.*, p. 40.

⁴⁸⁶ Véase Schwab, Manuel, “*When Does Fascism Become Legitimate?*”, *The Alarm Newspaper*, 14 de junio 2002, p. 2. Así como el voto disidente del magistrado Murphy en

cionalmente considerado uno de los más ignominiosos para la Corte.⁴⁸⁷ Sin embargo, la Corte Suprema ha seguido citando la sentencia *Korematsu*, pues recordemos que antes de considerar constitucional la medida tomada por el presidente repara en lo nocivas que pueden ser las clasificaciones raciales y en la necesidad de analizarlas bajo un escrutinio más estricto.⁴⁸⁸

La sentencia es el precedente usado en los juicios subsecuentes en los casos en los que se amenace la integridad de los procesos políticos o que impliquen clasificaciones “sospechosas”, tales como la raza o la nacionalidad. La Corte ha asumido una obligación de examinar estos estatutos cuidadosamente, para asegurarse de que las libertades individuales no sean vulneradas.

El primer componente de esta doctrina requiere que toda clasificación racial esté justificada por un “compelling government interest”.⁴⁸⁹ Es indispensable para la consecución de un objetivo estatal absolutamente crucial u obedece a un “interés apremiante”. El segundo, requiere que la clasificación

la sentencia *Hirabayashi vs. Estados Unidos*, 320 U. S. 81 (1944). “Sostener la constitucionalidad de esta medida, por buenas que fueran las intenciones de las autoridades militares de la costa oeste, sería dar validez a uno de los comportamientos más crueles, idéntico a los que emplean nuestros enemigos para aniquilar la dignidad de las personas, e implicaría además fomentar las actuaciones discriminatorias contra otros grupos minoritarios”, traducción de Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas...*, cit., p. 272. Otros países cooperaron con los Estados Unidos. En México, por ejemplo, se detuvo a presuntos espías alemanes y japoneses para ser enviados más tarde a campos de concentración en los Estados Unidos. Otros posibles agentes, considerados menos peligrosos, fueron internados en diferentes sitios. Krauze, Enrique, *La presidencia imperial. Ascenso y caída del sistema político mexicano*, México, Tusquets Editores, 1997, p. 48.

⁴⁸⁷ Véanse por ejemplo los ensayos de la época: Dembitz, Nanette, “Racial Discrimination and the Military Judgment: The Supreme Court’s *Korematsu* and *Endo* Decisions”, *Columbia Law Review*, vol. 45, 1945, pp. 175-239, y Rostow, Eugene, “The Japanese American Cases a Disaster”, *The Yale Law Journal*, vol. 54, 1944-1945, pp. 489-533. La justificación para conculcar los derechos de los ciudadanos norteamericanos con ascendencia japonesa fue precisamente la salvaguarda del Estado en tiempos de guerra. No está de más reparar en la similitud de este hecho con los recientes actos llevados a cabo por el Estado norteamericano en contra de los presos de Guantánamo donde la lógica de *Korematsu* se mantiene viva: Liam, Braber, “*Korematsu’s Ghost: A Post September 11th. Analysis of the Race and National Security*”, *Villanova Law Review*, vol. 47, 2002, pp. 1-8 y 451, y Tushnet, Mark, “Defending *Korematsu*? Reflections of Civil Liberties in War Time”, *Wisconsin Law Review*, 2003, pp. 273-38.

⁴⁸⁸ Yen, Alfred, “Introduction: Praising with Faint Damnation-The Troubling Rehabilitation of *Korematsu*”, *Boston College Law Review*, vol. 40, 1998-1999.

⁴⁸⁹ *Palmore*, 466 U.S. 432-33.

sea “narrowly tailored”,⁴⁹⁰ es decir, se encuentre estrechamente relacionada con la consecución de un objetivo.⁴⁹¹ Bajo éste se estudiarán las normas que se presumen inconstitucionales sospechosas por basarse en rasgos que son considerados por la Corte especialmente odiosos, es decir, la raza y la nacionalidad, o por atentar contra un derecho fundamental.

Que la raza sea considerada como una clasificación odiosa está relacionada con una cuestión histórica. Recordemos que incluso la Constitución se había interpretado como directa o indirectamente complaciente con la institución de la esclavitud: el texto del artículo IV, negaba a los estados el poder de liberar a los esclavos fugitivos que hubiesen entrado en su territorio.⁴⁹² Esto provocó que las normas que usarán clasificaciones raciales dejaran de gozar de la presunción de constitucionalidad.

La sentencia *Korematsu*, al considerar constitucional el internamiento de ciudadanos japoneses en campos de concentración de los Estados Unidos, marca una excepción a la prohibición de discriminación establecida en la enmienda XIV, por una razón que la Corte considera más importante que la propia cláusula. Para algunos autores, esto significa que la Corte puede establecer excepciones a la prohibición constitucional de discriminar por razón de raza, aunque se viole lo establecido en la Constitución.⁴⁹³ Para superar el escrutinio estricto deberán demostrar que:

- a) Es indispensable para la consecución de un objetivo estatal absolutamente crucial u obedece a un “interés apremiante”, así como en la idoneidad de la relación entre métodos y fines.
- b) Que no hay métodos menos onerosos para alcanzar ese fin.⁴⁹⁴ Esto no quiere decir que toda restricción sea inconstitucional; es sólo que la Corte debe someterla a un examen más riguroso.⁴⁹⁵

⁴⁹⁰ *Narrowly tailores*. La traducción de estos términos no es sencilla. Beltrán de Felipe los traduce como sustancialmente destinadas: Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas..., cit.*, p. 549.

⁴⁹¹ *Metro Broadcasting, Inc. vs. FCC*, 497 U. S. 547 (1990). Las clasificaciones raciales, según la sentencia *Palmore vs. Sidoti* 466 U. S. 429 (1984) citada por David Currie, deben ser “justificadas por un interés gubernamental urgente y deben ser necesarias para su cumplimiento”. Currie, David, *Introducción a la Constitución de los Estados Unidos*, *cit.*, p. 97.

⁴⁹² Lively, Donald E., “The Supreme Court and Affirmative Action: Whose Classification Is Suspect?”, *Hasting Constitutional Law Quarterly*, vol. 17, 1989-1990, p. 483.

⁴⁹³ Bhagwat, Ashutosh, “Hard Cases and the (D) Evolution of Constitutional Doctrine”, *cit.*, p. 973.

⁴⁹⁴ Rotunda, Ronald y Nowak, John E., *Treatise on Constitutional Law...*, *cit.*, p. 314.

⁴⁹⁵ Sobre el escrutinio estricto puede consultarse: Bhagwat, Ashutosh, “Purpose Scrutiny in Constitutional Analysis”, *California Law Review*, vol. 85, 1997, pp. 297-369.

III. LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS FRENTE A LA SEGREGACIÓN

Después de haber hecho un análisis de las circunstancias que han dado lugar al surgimiento de las doctrinas constitucionales que usa la Corte de Estados Unidos para conocer la constitucionalidad de normas que parecen menoscabar derechos de ciertas minorías será necesario regresar al tema de la discriminación racial.

En el capítulo previo tuvimos ocasión de analizar la doctrina de separados, pero iguales dispuesta por la Corte en la sentencia *Plessy*. La Corte basa sus posteriores resoluciones en aquella vergonzosa sentencia.⁴⁹⁶ La segregación legalizada pronto se extendió a otros ámbitos, como el del transporte municipal: los negros eran segregados en las fábricas, hospitales estatales, instituciones penales, en los parques públicos y en la vivienda.⁴⁹⁷

En un lapso corto, la segregación racial en la vivienda se extendió a varios estados de la Unión Americana, como Carolina del Norte o Georgia. No obstante, las leyes segregacionistas de la vivienda, a diferencia de los demás ámbitos, se declararon inconstitucionales muy pronto: la Corte, en la sentencia *Buchanan vs. Warley*,⁴⁹⁸ de 1917, consideró inconstitucional una ordenanza local que privaba a las personas del derecho a mudarse a un barrio habitado por personas de raza diferente. Lo que se vulneraba era el derecho a la propiedad: “La propiedad es más que algo que las personas poseen, es elemental que éste incluya el derecho de adquirir, usar y disponer del bien. La Constitución protege este esencial atributo de la propiedad”.⁴⁹⁹ Aunque algunas asambleas legislativas locales siguieron promulgando leyes en este sentido, los tribunales se encargaron de declarar la inconstitucionalidad de éstas.⁵⁰⁰ El deseo de sus

⁴⁹⁶ No se vuelve a conocer sobre la validez de la doctrina de separados, pero iguales, hasta 1954; sin embargo, existen antecedentes en los tribunales de asuntos relacionados con la educación segregada, como *Berea College vs. Kentucky*, 211 U. S. (1908), donde la Corte ratifica la decisión de conservar una multa impuesta al estado de Kentucky a un colegio privado por permitir que niños blancos y negros estudiaran juntos.

⁴⁹⁷ Rice, Roger L., “Residential Segregation by Law, 1910-1917”, *The Journal of Southern History*, vol. 34, núm. 2, 1968, p. 180.

⁴⁹⁸ 245 U.S. (1917) Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas...*, cit., p. 276.

⁴⁹⁹ *Ibidem*, pp. 60, 74.

⁵⁰⁰ Rice, Roger L., “Residential Segregation by Law, 1910-1917”, cit., p. 196.

miembros de proteger el derecho a la propiedad privada es patente, y demuestra que no fue motivado por una posición antisegregacionista, cuanto más si consideramos que los autores de esta sentencia no se esforzaron más para promover la igualdad o terminar con la segregación.⁵⁰¹ La Corte consideró que, a diferencia del caso *Berea*, donde los negros no eran privados de un derecho otorgado a los blancos, ya que la educación se les otorgaba a las dos razas, en *Buchanan vs. Warley* se niega el derecho a la propiedad, por lo que discrimina y viola la cláusula de igual protección de la ley.

1. *Los antecedentes de la sentencia Brown vs. Board of Education: la lucha legal contra la segregación*

En la década de los años treinta comienza a darse una interpretación distinta a la doctrina de separados, pero iguales, eso sí, sin modificarla en lo sustancial, señalando que los demandantes negros tenían derecho a exigir ante la Corte iguales oportunidades en la educación. El primer caso importante fue *Missouri ex rel. Gaines vs. Canadá*,⁵⁰² donde la solicitud de un negro para ingresar a la Facultad de Derecho de la Universidad del estado de Missouri fue rechazada atendiendo a criterios raciales. La NAACP (National Association for the Advancement of Colored People),⁵⁰³ des-

⁵⁰¹ Schmidt, “Principle and Prejudice: The Supreme Court and Race in the Progressive Era, Parte 1: The Heyday of Jim Crow”, *Columbia L. Revs.*, vol. 82, 1982, pp. 444-524. Muestra de ello es la sentencia *Corrigan vs. Buckley*, 271 U. S. 323 (1926). La Corte Suprema señala que la enmienda V, así como la XIV, sólo se aplican a los poderes públicos, y por consiguiente no prohíben a los particulares establecer contratos discriminatorios, es decir, no había *state action*. En la sentencia *Shelley vs. Kramer* (1948) se revisó esta tesis: si un contrato discriminatorio llega a los tribunales, entonces ya no es un asunto entre particulares, sino una cuestión en la que es el poder público quien interviene. Aparece en este momento la *state action*. Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas...*, cit., pp. 276 y ss.

⁵⁰² 305 U. S. 337 (1938). La segregación provocaba disparidades en la calidad de educación entre negros y blancos. Esta situación empieza a cambiar poco a poco. Por ejemplo, en Missouri, en 1940, cada estudiante negro recibía el 33% de lo que un estudiante recibía de fondos para la educación en el estado; para 1952 el porcentaje había subido al 69%. Georgia, S Sch. News (Nashville, Tenn), septiembre 3, 1954, at 5. Citado por Kruse, Kevin M., “The Paradox of Massive Resistance: Political Conformity and Chaos in the Aftermath of Brown vs. Board of Education”, *Saint University Law Journal*, vol. 48, núm. 3, p. 1012.

⁵⁰³ Aunque la NAACP se funda en 1909 —con Roy Wilkins como secretario ejecutivo—, la lucha por los derechos civiles cobra fuerza durante la era del *New Deal*. Así lo de-

pués de varias derrotas en los tribunales, concentra todos sus esfuerzos en el caso de Lloyd Gaines, quien pretendía ser admitido en la Facultad de Derecho de la Universidad de Missouri, la cual lo rechaza sólo por motivos raciales.

La Universidad trató de evitar la obligación de aceptar a Gaines ofreciendo pagar al demandante el costo de los estudios en alguna de las universidades cercanas al estado. En diciembre de 1938, por una decisión de 6 contra 2, la Corte no encontró que mediante este acto quedara satisfecha la obligación del trato igual: “Un privilegio fue creado para los estudiantes blancos que es negado para los estudiantes negros por razón de su raza”⁵⁰⁴

Otro paso se daría en 1941 con la sentencia *Mitchell vs. United States*⁵⁰⁵ que declaró inconstitucional la negativa a proporcionar una litera de un tren a un negro, por considerarse una violación al comercio interestatal. Sin embargo, no fue sino hasta la década de los cincuenta cuando comienza en verdadero cambio en la doctrina de la Corte; el caso *Henderson vs. United States*,⁵⁰⁶ de 1950, marca el comienzo. El asunto tuvo su génesis con la demanda de Elmer Henderson, un negro que en 1943 viajaba en el tren de Washington a Atlanta, Georgia. La costumbre de la época consistía en que los negros que quisieran ordenar algo en el vagón comedor debían esperar a que los blancos terminaran de hacerlo, una vez hecho esto se les podía empezar a servir en la sección “negra” tras una cortina. El abogado de Henderson observaba: “es como si fueras un cerdo o una clase de animal”⁵⁰⁷ La Corte considera inconstitucional

muestra la investigación de Patricia Sullivan: los líderes de los estados del sur luchaban por mejores condiciones de vida y por una mejor distribución de la riqueza. El principal objetivo fue siempre conseguir el derecho al voto para los negros. Sullivan, Patricia, *Days of Hope: Race and Democracy in the New Deal Era*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1996, p. 143. En castellano puede consultarse la tesis doctoral de Nuria González. La autora hace un repaso de la historia de la NAACP. González Martín, Nuria, “Políticas de acción positiva por razón de raza en los Estados Unidos de América y respectivo breve panorama europeo”, *cit.*, pp. 113-128. Sobre la lucha en los tribunales por los derechos civiles en Estados Unidos de América son indispensables las siguientes obras: Tushnet, Mark, *The NAACP's Legal Strategy against Segregated Education, 1925-1950*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 2005. Este libro se puede consultar en formato electrónico en la Universidad Complutense. En español véase Yarbrough, Tinsley, “Protección de los derechos de las minorías”, *cit.*

⁵⁰⁴ Patterson, James, *Brown vs. Board of Education. A Civil Rights Milestone and Its Troubled Legacy*, Nueva York, Oxford University Press, 2001, p. 16.

⁵⁰⁵ 313 U. S. 80 (1941).

⁵⁰⁶ 339 U. S. 816 (1950).

⁵⁰⁷ Patterson, James, *Brown vs. Board of Education...*, *cit.*, p. 6.

el trato de la empresa de ferrocarriles fundamentándose en la enmienda de comercio interestatal.

En los primeros casos sobre segregación escolar de los años cincuenta la Corte Suprema comenzó a suprimir la segregación en la educación superior y de posgrados. La sentencias *Sweatt vs. Painter*⁵⁰⁸ de 1950 señala que la recién creada escuela de derecho exclusiva para negros en el estado de Texas era inferior a la facultad exclusiva para blancos. Además, concluyó que los tribunales que tuvieran que decidir sobre igualdad entre escuelas segregadas deben tomar en cuenta tanto los factores tangibles como los intangibles, es decir, “esas cualidades (como el prestigio de la institución) que no es posible medir de modo objetivo, pero que constituye la grandeza de una escuela de derecho”.⁵⁰⁹

La sentencia *McLaurin vs. Oklahoma State Board of Regents for Higher Education*, de 1950,⁵¹⁰ declara la inconstitucionalidad de la decisión de la Universidad de Oklahoma de admitir en los cursos de doctorado a George McLaurin, profesor negro de 68 años, pero aislándolo de los demás: no se le permitió recibir clases en las aulas de la Universidad, ni entrar a la biblioteca, pues se le había asignado un escritorio detrás de una pila de periódicos.

Todos estos antecedentes son sólo vislumbres de lo que habría de suceder poco tiempo después en *Brown vs. Board of Education*.⁵¹¹ La senten-

⁵⁰⁸ 339 U. S. 629 (1950).

⁵⁰⁹ *Ibidem*, pp. 633 y 634. Sobre la sentencia véase Hasnas, John, “Equal Opportunity, Affirmative Action, and the Anti-Discrimination Principle: The Philosophical Basis for the Prohibition of Discrimination”, *Law and Economics Working Paper Series*, pp. 38 y ss. En línea: http://ssrn.com/abstract_id=334720, se accedió a la página el 3 de junio de 2005. Existe una versión en papel en la revista *Fordham Law Review*, vol. 71, noviembre de 2002, pp. 423-542. Véase también Kemelmajer de Carlucci, Aida, “Las acciones positivas”, en Carbonell, Miguel (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, 2003, p. 232. Existe un artículo de la misma autora, con el mismo título —“Las acciones positivas”— en la revista *Jueces para la Democracia*; sin embargo, este último es de menos extensión y menos profundo que el ahora citado.

⁵¹⁰ 339 U. S. 637 (1950).

⁵¹¹ Sobre la sentencia *Brown*, probablemente la sentencia más famosa en la historia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, se ha escrito una cantidad ingente de bibliografía. Por su especial interés se consultaron: Kluger, Richard, *Simple justice: The History of Brown vs. Board of Education and Black America's Struggle for Equality*, Nueva York, Vintage Books, 1975; Wilkinson, Harvie J., *From Brown to Bakke. The Supreme Court and School Integration: 1954-1978*, Nueva York, Oxford University Press, 1979; Patterson, James. *Brown vs. Board of Education...*, cit., Nelson, William E., “Brown vs. Board of Education and the Jurisprudence of Legal Realism”, *Saint Louis*

cia tiene su origen en varios casos originados en estados del sur; estos casos tenían en común la demanda de niños de raza negra para obtener el ingreso a escuelas públicas segregadas de su comunidad. Solamente en el estado de Kansas, entre 1881 y 1949, se interpusieron once demandas contra los sistemas escolares segregados.

La lucha del reverendo Joseph Albert DeLaine es decisiva. DeLaine, en 1947, solicitó al presidente del distrito 22, Roderick W. Elliott, autobuses para que los niños de Clarendon County, Carolina del Sur,⁵¹² pudieran asistir a la escuela. Aproximadamente el 70% de los 32,000 residentes de Clarendon eran negros. La situación de Clarendon era paupérrima; la mayoría de sus habitantes negros no ganaba ni 1,000 dólares al año; el promedio de años que los niños asistían a la escuela era de 4; los profesores blancos ganaban 2/3 partes más del sueldo asignado a los negros. El reverendo comenzó una movilización con el apoyo de veteranos de guerra, ministros de culto, profesores y padres de familia. Poco tiempo después, con la ayuda de la NAACP, se presentó una demanda que se conocerá como *Briggs*, por Harry Briggs, padre de cinco niños.⁵¹³

El caso *Briggs vs. Elliott*⁵¹⁴ llegó al conocimiento de la Corte en 1952, cuando se admitió a trámite junto a otros tres asuntos de segregación racial que se habían presentado en los tribunales de los estados de Kansas,

Law Journal, vol. 48, 2003-2004, pp. 795-838; Kruse, Kevin M., "The Paradox of Massive Resistance: Political Conformity and Chaos in the Aftermath of *Brown vs. Board of Education*", *Saint University Law Journal*, vol. 48, núm. 3, pp. 1009-1035; Tushnet Mark y Lezin, Katya, "What Really Happened in *Brown vs. Board of Education*", *Columbia Law Review*, vol. 91, 1991, pp. 1867-1930. Referencias en español pueden encontrarse en Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas..., cit.*, pp. 275-291; Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, *cit.*, p. 54; Martín Vida, María Ángeles, "Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos", *cit.*, pp. 151-194; Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, *cit.*, pp. 272 y ss., y Schwartz, Bernard, *Los poderes del gobierno*, *cit.*, pp. 60 y 61, y García Pelayo, Manel, *Derecho constitucional comparado*, 1950.

⁵¹² Para 1950 Carolina del Sur era uno de los estados con mayor concentración de población negra en Estados Unidos con un 38.8%, sólo superado por Mississippi con un 45.3%. Le seguían Louisiana con el 32.9%, Alabama con 32%, Georgia con 30.9%, Carolina del Norte con 25.8 %, Arkansas con 22.4% y Virginia con 22.1%. Patterson, James, *Brown vs. Board of Education..., cit.*, p. 23.

⁵¹³ Clarke Hine, Darlene, "The *Briggs vs. Elliott* legacy: Black Culture, Consciousness and Community before *Brown*, 1930-1954", *University of Illinois Law Review*, 2004, p. 1062.

⁵¹⁴ 98 F. Supp. 529 (E. D. S. C. 1951). Véase Clarke Hine, Darlene, "The *Briggs vs. Elliott* legacy...", *cit.*, p. 1062, y Patterson, James, *Brown vs. Board of Education...*, *cit.*, pp. 23 y ss.

Carolina del Sur, Virginia y Delaware.⁵¹⁵ De ahí que se considera que el primer paso para la desegregación lo dio Vinson, magistrado presidente fallecido en 1953. En octubre de ese mismo año, Earl Warren fue nombrado *chief justice*. La labor de cabildeo de Warren buscando terminar con la segregación fue elogiada por todos los defensores de los derechos civiles.⁵¹⁶ Las otras tres sentencias son *Brown vs. Board of Education* de Topeka, en el estado de Kansas,⁵¹⁷ *Davis vs. County School Board of Prince Edward County* del estado de Virginia y *Gebhart vs. Belton*⁵¹⁸ de Wilmington, estado de Delaware. El abogado que dirigió la demanda de *Brown* fue Thurgood Marshall, quien tiempo después se convertiría en magistrado de la Corte.⁵¹⁹

La lucha legal de *Davis vs. County School Board of Prince Edward County* se inició en un bachillerato segregado, Robert R. Morton (o Robert R. Morton High Scholl), en Farmville, Virginia. El instituto blanco de Farmville contaba con gimnasio y cafetería, así como instalaciones de las que carecía el instituto negro.

Por su parte, el caso *Gebhart vs. Belton* tiene su génesis en la ciudad de Claymont, donde niños que querían ingresar al colegio número 29 eran mandados a uno segregado en Hockessin, un pueblo rural al oeste de la ciudad. Sarah Bulah debía conducir varios kilómetros para llevar a la estudiante Shirley Bárbara al colegio. La demanda de Bulah se acumula al caso Ethel Louise Belton y otros que demandaban la inconstitucionalidad de

⁵¹⁵ Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas..., cit.*, p. 277, y Bianchi, Alberto B., *Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema de los Estados Unidos..., cit.*, pp. 30 y 39, notas 32 y 77, respectivamente.

⁵¹⁶ Sobre el papel del magistrado presidente Warren en esta histórica etapa de la Corte véase Carter, Robert L., “The Warren Court and Desegregation”, *Mich. Law Review*, vol. 67, 1968-1969, pp. 237-248. Sobre la importancia de Warren en la defensa de los derechos civiles en los Estados Unidos puede verse Neuborne, Burt, *El papel de los juristas y del imperio de la ley en la sociedad americana*, traducción de Montserrat Cuchillo Foix, Madrid, Universitat Pompeu Fabra, Cuadernos Civitas, 1995, pp. 107 y ss.; Schwartz, Bernard, *Algunos artífices del derecho norteamericano*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1985, pp. 177 y ss.

⁵¹⁷ 103 F. Supp. 337.

⁵¹⁸ 33 Del. Ch. 144.

⁵¹⁹ Marshall se había graduado en la Howard University Law Scholl —universidad negra creada por Charles Hamilton Houston—. Más tarde, como presidente de la NAACP, comenzó la lucha por los derechos civiles. Sobre Thurgood Marshall véase Nelson, William E., “*Brown vs. Board of Education and the Jurisprudence of Legal Realism*”, *cit.*, p. 796, y Patterson, James, *Brown vs. Board of Education..., cit.*, pp. 12 y ss.

la segregación racial de un instituto en New Castle. Poco tiempo después un tribunal federal desestimó la demanda amparándose en la doctrina de “separados, pero iguales” de la sentencia *Plesy vs. Ferguson*. Como se dijo más arriba, en la doctrina de separados, pero iguales el tratamiento proporcionado a las dos razas debía ser el mismo: era evidente que en este caso no era así.

El otro asunto fue *Brown vs. Board of Education*,⁵²⁰ de 1954. A través de esta sentencia la Corte Suprema examinó la validez de la doctrina de separados, pero iguales, de *Plessy vs. Ferguson*. Oliver Brown, que demandó ante los tribunales una reparación legal de los perjuicios causados a su hija Linda (de siete años de edad) a la que se le había negado la admisión a una escuela primaria reservada para los blancos en la ciudad de Topeka, Kansas.⁵²¹

El juez Jackson encargó a sus letrados un informe en el que se abogó por la constitucionalidad de la segregación.⁵²² En el momento en que la demanda *Brown* llegó a la Corte Suprema, la segregación racial en las escuelas públicas era la norma en gran parte de la nación y se permitía o tenía fuerza de ley en veinticuatro estados.⁵²³ Dichas normas, alegan los demandantes, violaban el derecho de igual protección de la ley contenido en la enmienda XIV, pues la educación en las escuelas segregadas no es “igual” y no puede ser “igual”. En las instancias inferiores los tribunales habían negado reconocer el derecho de los demandantes fundamentándose en el cumplimiento de las normas segregacionistas.

Algunos magistrados dentro de la Corte habían sostenido que los casos de segregación racial debían darse *per curiam*, de forma pronta y sin argumentar para no dar lugar a críticas. Las resoluciones *per curiam* más típicas, apunta Arbós, son aquellas que carecen de firma y argumentos. Estas

520 347 U. S. 483 (1954).

521 Pitts, David, “*Brown vs. Junta escolar*. La decisión del tribunal supremo que cambió a una nación”, *Periódico electrónico del USIS*, vol. 4, núm. 2, septiembre de 1999. En línea: <http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0999/ijds/pitts.htm>, se accedió a la página el 20 de junio de 2004.

522 El informe (o *dossier*), titulado *A Random Thought on the Segregation Cases*, fue redactado por Rehnquist de tendencia conservadora (Rehnquist llegaría a ser magistrado presidente de la Corte Suprema). En 1953, cuando se iba a discutir en pleno, murió el presidente de la Corte, Fred Vinson, por lo que no fue hasta finales de ese mismo año cuando se votó la sentencia.

523 Una ley de Kansas estableció la segregación en las escuelas primarias de comunidades cuya población pasara de 15,000 habitantes. Sus escuelas secundarias nunca habían estado segregadas.

sentencias comienzan a publicarse alrededor de 1880 para rechazar recursos que versan sobre cuestiones ya resueltas en sentencias anteriores. Las sentencias se resuelven a partir de decisiones unánimes, lo que, de cierto modo, compensaba la falta de argumentación explícita.⁵²⁴

El magistrado Frankfurter venía pidiendo esto al presidente de la Corte. Este hecho se conoce a través de una investigación de Hutchinson donde transcribe varias notas dirigidas a Vinson, presidente de la Corte en la víspera de la época de la desegregación. Frankfurter, por ejemplo, escribe en enero de 1948 lo siguiente: “it occurs to me that just as it was a very healthy thing for us to decide the case with the dispatch with which the *per curiam* was announced by you, it would be equally healthy to accelerate the disposition of present petition”.⁵²⁵

El ambiente fuera y dentro de la Corte era tenso, y parecía evidente que causaría resquemor cualquier decisión sobre el asunto de la segregación. Pues bien, la Corte declaró que la segregación racial es inconstitucional, y para motivarlo señaló:

La segregación en las escuelas públicas entre niños blancos y niños de color tiene un efecto perjudicial en estos últimos. El impacto es mayor cuando ésta es sancionada por la ley. La política de separación de razas es usualmente interpretada como indicativo o una sugerencia de inferioridad de la comunidad negra. El sentimiento de inferioridad afecta la motivación de los niños para aprender. La segregación, sancionada por el derecho, además, tiende a [retardar] el desarrollo mental y en la educación del niño negro, así como privarlo de los beneficios que recibiría en un sistema escolar racialmente integrado.

La Corte Suprema usó este párrafo para fundamentar la sentencia *Brown*; sin embargo, este párrafo fue formulado por un juez de Kansas. La Corte hace referencia a estudios de la época que dejaban claro los efectos de la discriminación en los niños. Véase, por ejemplo, los resul-

⁵²⁴ Véase, por ejemplo, *Sipuel vs. Oklahoma State Regents* 332 U. S. 631, (1948); Arbos, Xavier, “De Wechsler a Bickel. Un episodio de la doctrina constitucional norteamericana”, pp. 268 y 269.

⁵²⁵ Hutchinson, J., “Unanimity and Desegregation: Decision-Making in the Supreme Court, 1948-1958”, *Georgetown Law Journal*, vol. 68, 1979, pp. 1-96. La posibilidad de utilizar argumentos jurídicos para contradecir lo dicho en *Plessy vs. Ferguson* parecía difícil, sobre todo considerando la forma tradicional de interpretar la Constitución en Estados Unidos de América. Lora Deltoro, Pablo de, *La interpretación originalista de la Constitución...*, cit., p. 33.

tados del experimento de los psicólogos Kenneth and Mamie Clark (Clark fue el primer negro en graduarse como Ph.D en psicología de la Universidad de Columbia), que consistía en presentar a los niños negros, dos muñecas, una blanca y otra negra; inmediatamente se le pedía que escogieran la que les pareciera más agradable: muchos niños preferían las blancas.⁵²⁶ Las conclusiones era tan desalentadoras como palmarias: a los niños “como a otros seres humanos sujetos a un obvio estatus de inferior en la sociedad en la que ellos viven, se les ha causado un perjuicio definitivo en el desarrollo de sus personalidades; los signos de inestabilidad en sus personalidades son claros”.⁵²⁷

Algunas juntas escolares, como la de Topeka, Arkansas, donde se originó la demanda de Brown, no esperaron al dictamen de la Corte, y procedieron a terminar con la segregación de sus escuelas primarias para blancos y para negros. Pero en gran parte de la nación, la tarea resultaría más difícil. Apenas año y medio después de ser fallada la sentencia, en diciembre de 1955, el doctor Martin Luther King Jr. encabezó un exitoso boicot de los autobuses en Montgomery, Alabama, en protesta contra la segregación en el transporte público.⁵²⁸

⁵²⁶ Los datos fácticos que no pertenecen al caso en sí, sino que son generales, se les denomina “hechos legislativos” o *legislative facts*. La técnica de usar materiales probatorios de ciertos hechos que demuestran la razonabilidad o irrazonabilidad de la legislación aplicable al caso fue empleada por primera vez en el caso *Muller vs. Oregon*, 208 U. S. 412, 421 (1908), por el que más tarde sería juez de la Corte, Louis D. Brandeis; a partir de ese momento la técnica se denomina “Brandeis”. Véase Bianchi, Alberto B., *Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema de los Estados Unidos...*, cit., p. 248.

⁵²⁷ Sobre esto véase Patterson, James, “*Brown vs. Board of Education...*”, cit., p. 132. El estudio de Clark se publicó en Clark, Kenneth B., “Effects of Prejudice and Discrimination on Personality Development”. Mindcentury White House Conference on Children and Youth, 1950. La investigación de Clark fue usada inicialmente como evidencia por los apelantes en el caso *Briggs*. Una versión del trabajo de Clark fue publicada como *Prejudice and Your Child*, Boston, Beacon Press, 1955. Véase especialmente los apéndices III y IV. Clark tendrá ocasión de comentar más tarde la sentencia *Brown*: Clark, Kenneth B., “The Brown Decision: Racism, Education, and Human Values”, *Journal of Negro Education*, vol. 57, núm. 2, 1988, pp. 125-132. La Corte también cita los estudios Witmer y Kotinsky, “Personality in the Making”, C. VI 1952; Deutscher y Chein, “The Psychological Effects of Enforced Segregation: A Survey of Social Science Opinion”, *J. Psychol.*, vol. 26, 1948, p. 259; Chein, “What Are the Psychological Effects of Segregation Under Conditions of Equal Facilities?”, *Int. J. Opinion and Attitude Res.*, vol. 3, 1949, p. 229; Brameld, *Educational Costs, in Discrimination and National Welfare*, MacIver, 1949, pp. 44-48; Frazier, *The Negro in the United States*, 1949, pp. 674-681. Así como: *An American Dilemma*, 1944.

⁵²⁸ Cfr. Marshall, Frady, *Martin Luther King*, traducción de Marta Arguilé, Barcelona, Mondadori, 2003, pp. 255 y ss.

Aunque la Corte Suprema rechazó la segregación solamente en las escuelas públicas, su efecto fue mucho más amplio, pues ayudó a desatar una ofensiva general contra la segregación en todas las esferas de la vida norteamericana, inclusive en los servicios públicos y en el empleo, convirtiéndose en un raro ejemplo de una acción del Estado exigida por la Corte Suprema.

La propia lucha de la comunidad negra jugó un papel capital. La sociedad negra comenzó a manifestar su desacuerdo con el sistema segregacionista de diferentes formas. En 1953, en la ciudad de Baton Rouge, capital de Luisiana, se comenzó un boicot masivo en contra de los autobuses segregados.⁵²⁹ A éste le siguió uno de los episodios más importantes de esta lucha: el boicot de Montgomery. El 1o. de diciembre de 1955, en Montgomery, Alabama, en un autobús, Rosa Parks, costurera negra que pertenecía a la NAACP desde hacía varios años, se negó a ceder su asiento a un hombre blanco. Rosa fue detenida por violar las leyes de la ciudad. Los negros de Montgomery, Alabama, decidieron boicotear el servicio de autobuses.⁵³⁰

⁵²⁹ González Martín, Nuria, “Políticas de acción positiva por razón de raza en los Estados Unidos de América y respectivo breve panorama europeo”, *cit.*, pp. 135-141.

⁵³⁰ La sentencia *Brown* causó un estallido de júbilo entre los negros, y azuzó el sentimiento de impaciencia por destruir toda la estructura segregacionista. Cuando Edgar Daniel Nixon, líder y activista negro, se enteró del arresto de Rosa Parks, llamó al reverendo de la iglesia baptista de Dexter Avenue, en Montgomery, Martin Luther King Jr., para que se uniera al movimiento de protesta. Poco después, entraría King, no sin vacilaciones, a liderar el movimiento. *Cfr.* Marshall, Frady, *Martin Luther King*, *cit.*, pp. 49 y ss. Rosa Parks dedicó toda su vida a la lucha por los derechos civiles: murió el 24 de octubre de 2005 a los 92 años de edad. Armendáriz, Alberto, “Fallece Rosa Parks”, *Reforma*, sección *Internacional*, 25 de octubre de 2005, p. 35A. Existe una interesante relación entre las ideas de Martin Luther King y las *affirmative actions*, pues su lucha no sólo estaba dirigida a terminar con la segregación. King llegó a sostener la necesidad de establecer mecanismos que resarcieran los daños causados a la raza negra. El doctor King urgía la creación de *affirmative actions* como vía para empezar a rectificar los efectos provocados por generaciones de exclusión de la población negra estadounidense: una justicia compensatoria, como la que se les había otorgado a los soldados, apartados de la vida civil estadounidense durante el servicio militar. “Arrepíéntete, Estados Unidos” fue el lema que diseñó para el plan que anunció en 1967 ante la Conferencia de Líderes Cristianos del Sur (Southern Christian Leadership Conference) y que denominó “campaña del pueblo pobre”, que exigía una gran inversión federal ya no sólo en beneficio de los negros, sino para erradicar la pobreza del país, conseguir el pleno empleo, garantizar ingresos mínimos anuales y construir trescientas mil viviendas de protección oficial. Cook, Anthony, “Critical Race Law and Affirmative Action: The Legacy of Dr. Martin Luther King, Jr”, *Harvard Blackletter Journal*, vol. 8, 1991, pp. 66-97. El siguiente Boicot tiene lugar en Tallahassee, Flo-

En la lucha contra la discriminación racial todos los poderes del Estado están involucrados, pero fue la Corte Suprema la que dio el primer paso en la tarea titánica de terminar con la segregación racial. Con la sentencia *Brown vs. Board of Education*, de 1954, se inició el fin de la segregación racial constitucionalizada; sin embargo, la realidad era muy diferente: el mandato para desagregar se había incumplido flagrantemente. Como consecuencia, en 1955, otra sentencia conocida como *Brown II*, requirió acciones “prontas y razonables dirigidas al pleno cumplimiento” de la integración escolar. Se dijo que debían ser los tribunales inferiores quienes se encargarán de extraer las consecuencias de esta resolución.⁵³¹

En 1955 estamos ahora en una Norteamérica bajo la presidencia de Dwight Eisenhower, que significó el regreso de los republicanos al poder tras veinte años de presidentes demócratas: las políticas del gobierno tendían al conservadurismo. Eisenhower repudiaba la “posición de izquierda” acerca de que el Ejecutivo tiene poderes ilimitados. Para él, las prerrogativas de su cargo debían de emplearse tan poco como fuera posible.⁵³² Pero los tiempos habían cambiado, “si se quería lograr la desegregación, el presidente y el Congreso tendrían que asumir parte de la carga solitaria de la judicatura federal”.⁵³³

La resistencia blanca a la desegregación era generalizada, por lo que el presidente Eisenhower se vio en la necesidad de enviar tropas federales a Little Rock, en Arkansas, luego que el gobernador Orville Faubus desobedeció una orden de un tribunal federal de integrar las escuelas del Estado.⁵³⁴ En realidad, la decisión presidencial no fue parte de una política sistemática para terminar con la segregación. Después del episodio del

rida, en 1956. González Martín, Nuria, “Políticas de acción positiva por razón de raza en los Estados Unidos de América y respectivo breve panorama europeo”, *cit.*, pp. 149-153.

⁵³¹ Algunos tribunales inferiores, como la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito, sí implementaron lo dicho en *Brown*. Sobre esto véase Bass, Jack, *Unlikely Heroes*, Alabama, University of Alabama Press, 1981; *id.*, *Taming the Storm: The Life and Times of Judge Frank M. Johnson and the South's Fight Over Civil Rights*, Nueva York, Doubleday, 1993. El libro *Taming the Storm* es la biografía del juez Johnson, uno de los principales impulsores de la desegregación en Alabama.

⁵³² Eliot Morison, Samuel *et al.*, *Breve historia de los Estados Unidos*, *cit.*, p. 817.

⁵³³ *Ibidem*, p. 825. El episodio histórico de la desegregación se recoge prácticamente en todos los manuales de historia norteamericana. Véase, por ejemplo, Adams, Willi Paul, *Los Estados Unidos de América*, *cit.*

⁵³⁴ Eliot Morison, Samuel *et al.*, *Breve historia de los Estados Unidos*, *cit.*, pp. 824 y ss.

Little Rock, Eisenhower expreso: “Nunca dije lo que pensaba acerca de la decisión de la Corte Suprema: nunca lo he dicho a nadie”.⁵³⁵

El Congreso, en cambio, tomó otra actitud: en 1957, encabezado por Lyndon Johnson, líder de la mayoría del Senado, puso en vigor la primera ley de derechos civiles en ochenta y dos años. La ley establecía cierto grado de protección federal a los negros que deseaban votar y nombraba una comisión de derechos civiles. En septiembre de 1958 la Corte emitió otra decisión que obligaba a integrar los colegios que se habían negado a hacerlo.⁵³⁶

Una segunda ley, en 1960, autorizaba el nombramiento de árbitros federales para salvaguardar el derecho al voto, y tipificaba la violencia para obstruir una orden de la Corte como un delito federal. No obstante, seis años después de que la Corte había exigido la desegregación no había un solo colegio integrado en Carolina del Sur, Alabama, Mississippi o Luisiana.

La sentencia *Brown* es la piedra angular en la interpretación moderna del principio de igualdad en Estados Unidos. En la sentencia se rechaza la visión de interpretar la Constitución buscando la intención del constituyente, ya que la Corte “no puede atrasar el reloj a 1868 cuando la Enmienda fue adoptada, o hasta 1896 cuando el caso *Plessy vs. Ferguson* fue fallado”.⁵³⁷ La Corte ve más allá de lo propiamente establecido por la Constitución al valorar las consecuencias reales de la segregación. Esto es importante, ya que con esta sentencia la Corte de Warren dio marcha atrás en la segregación racial, no sólo en el ámbito de la educación, sino en todos, en el resto de las actividades públicas.⁵³⁸

Se ha especulado acerca de las razones que llevaron a la Corte a fallar en contra de la doctrina de separados, pero iguales. Hay quien sugiere que la guerra fría jugó un papel importante. Durante la guerra, señala Dudziak, los Estados Unidos argumentaban que el mundo estaba dividido en dos fuerzas: la del bien, dirigida por ellos, y la fuerza del mal, dirigida por la Unión Soviética. La segregación racial ponía en tela de juicio la imagen que el gobierno quería proyectar al exterior como defensor de

⁵³⁵ *Ibidem*, p. 826. González Martín, Nuria, “Políticas de acción positiva por razón de raza en los Estados Unidos de América y respectivo breve panorama europeo”, *cit.*, p. 120.

⁵³⁶ *Cooper vs. Aaron*, 1958, que analizaba la negativa de Arkansas de cumplir el mandato de *Brown* al no integrar los colegios públicos.

⁵³⁷ *Ibidem*, pp. 690 y 691.

⁵³⁸ Véase Carter, Robert L., “The Warren Court and Desegregation”, *cit.*, p. 238.

los derechos individuales, y era usada por la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas en propaganda antiamericana⁵³⁹ —parece que no hay nada nuevo bajo el sol—. El Departamento de Estado hizo notar esta debilidad al tribunal en calidad de *amicus*:

La existencia de la discriminación en contra de una minoría en los Estados Unidos ha tenido un efecto adverso en la relación con otros países. La discriminación racial provee de granos a los molinos de propaganda comunista, e incrementa las dudas entre las naciones amigas acerca de la intensidad de nuestra devoción por la democracia.⁵⁴⁰

Otro factor que influyó fue la previa desegregación racial en las fuerzas armadas norteamericanas como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial.⁵⁴¹

Desde la Corte surge la doctrina de la obligación del Estado de velar por el cumplimiento de la prohibición de discriminación incluso en el ámbito privado, como quedó establecido en la sentencia *United States vs. Guest*.⁵⁴² Se cuestionan los efectos de la segregación, y de esta forma se toman en

⁵³⁹ Véase Dudziak, Mary L., “Brown and the Idea of Progress in American Legal History: A Comment of William Nelson”, *Saint University Law Journal*, vol. 48, núm. 3, pp. 851-857.

⁵⁴⁰ *Ibidem*, p. 856. Véase también Nelson, William E., “Brown vs. Board of Education and the Jurisprudence of Legal Realism”, *cit.*, pp. 812 y ss. La tesis de Nelson sugiere que la Corte Suprema, desde la sentencia *Brown*, ha declinado motivar sus sentencias en las necesidades sociales, prefiriendo relacionar sus fallos con principios de moralidad política. El autor arguye que ningún principio de moralidad política triunfa permanentemente en “la pluralista sociedad americana”; como consecuencia de ello, las sentencias de la Corte tendrán en ocasiones resultados conservadores, y en otros, resultados liberales. Nelson sugiere la necesidad de que los fallos de la Corte se fundamenten en necesidades sociales, como lo hiciera el juez Cardozo u otros antes de la sentencia *Brown*. Recordemos que para Cardozo, la interpretación constitucional no debía ser interpretada como una serie de “conceptos doctrinales”; más bien debe ajustarse según las necesidades prácticas. Véase, por ejemplo, la sentencia *Panama Refining Co. vs. Ryan*, 293 U. S. 388, 440 (1935). Nelson señala la diferencia entre la jurisprudencia sociológica y el realismo jurídico. La jurisprudencia sociológica rechaza la fe de los formalistas en que las decisiones de los jueces no eran políticas, obedecían a criterios neutrales y tenían una fuente jurídica objetiva. Los realistas concluyeron que los jueces recurrián a fuentes externas al derecho, pero ¿cuáles serían esas fuentes? Para algunos, el juez está obligado a fallar conforme a los deseos de la sociedad; para otros, el juez es un director de los actos sociales que debe dirigir sus opiniones conforme sus ideas de justicia: de nuevo Dworkin se debe citar como ejemplo de estos últimos pensadores.

⁵⁴¹ Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas...*, *cit.*, p. 276.

⁵⁴² 888 U. S. 745 (1966).

cuenta las consecuencias sociales de la misma, resolviendo que es contraria al mandato de igualdad, ya que privaba a los niños negros del derecho de una igualdad de oportunidades en la educación.

Como vimos, la decisión en *Brown* es duramente criticada; críticas que no sólo venían del ámbito social o jurídico: la clase política se movilizó en contra de las medidas tomadas por la Corte. Por ejemplo, en el estado de Georgia, el rechazo a la creación de escuelas desagregadas motivó la eliminación de las escuelas públicas. Los alumnos blancos recibían ayudas para estudiar en colegios privados de los que estaban excluidos los negros; de esta forma se mantuvo la segregación racial en las escuelas.⁵⁴³ Despues de que la Corte Suprema fallara la sentencia *Brown* vs. *Board of Education*, por ejemplo, miembros del “Southern Congressmen” publicaron lo que llamaron *Principios constitucionales*. En el documento calificaron la decisión de la Corte como un “claro abuso del Poder Judicial” en el cual los jueces “han decidido legislar, derogando las atribuciones del Congreso”.⁵⁴⁴

La crítica más fuerte viene del profesor de la Universidad de Columbia, Herbert Wechsler, con el ensayo “Toward Neutral Principles of Constitutional law”.⁵⁴⁵ En la primera parte de su artículo justifica la legitimidad

⁵⁴³ Kruse, Kevin M., “The Paradox of Massive Resistance...”, *cit.*, pp. 1012 y ss. En *Griffin vs. Prince Edward County* (1964) la Corte anuló las subvenciones que un condado de Virginia había otorgado a los colegios privados que habían admitido niños blancos provenientes de escuelas públicas cerradas para evitar la integración racial.

⁵⁴⁴ *New York Times*, marzo de 1956. Citado por Chemerinski, Erwin, “The Supreme Court, 1988-Foreword: The Vanishing Constitution”, *Harvard Law Review*, vol. 103, 1989, p. 63. La función del juez constitucional en el conjunto del sistema ha sido un problema recurrente en la vida constitucional norteamericana, explica Enrique Alonso García: “El problema, olvidado en parte tras la crisis de 1937, resurgió en los sesenta con la presidencia de Warren y se exacerbó en los setenta con la de Burger”. Prólogo a la obra de Beltrán de Felipe, Miguel, *Originalismo e interpretación*, *cit.*, p. 11.

⁵⁴⁵ Wechsler, Herbert, “Toward Neutral Principles of Constitutional law”, *Harvard Law Review*, vol. 73, 1959, pp. 1-35. El ensayo tiene su génesis en una conferencia pronunciada en la Holmes Lecture celebrada 1955 en la Universidad de Harvard. La Corte, argumentaba Wechsler, en lugar de actuar como un crudo órgano de poder, que anunciablea sus conclusiones *ad hoc*, debería proceder con base en principios de trascendieran el caso en cuestión y tratar de igual manera casos similares. Sobre el ensayo de Wechsler puede verse Pollak, Louis, “Racial Discrimination and Judicial Integrity: A Replay to Professor Wechsler”, *U. Pa. Law Review*, vol. 108, 1959, pp. 1-34; Arbos, Xavier, “De Wechsler a Bickel. Un episodio de la doctrina constitucional norteamericana”, *cit.*; Wilkinson, Harvie J., *From Brown to Bakke...*, *cit.*, pp. 34 y ss.; Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 31-63.

del control constitucional de las leyes. En la segunda parte propone criterios que deben emplearse para fundamentar las sentencias de la Corte Suprema, y critica con dureza las sentencias construidas en función del caso que pretenden resolver: los criterios *ad hoc* no son los más apropiados para justificar las decisiones de los tribunales. Wechsler señala que lo que debe distinguir la actuación judicial es precisamente que debe reposar en análisis y razones que trasciendan el resultado inmediato al que conducen. Asimismo, los tribunales deben actuar a partir de principios, referidos a valores de los que pueda razonablemente decirse que tienen una dimensión constitucional.⁵⁴⁶

Para él, los principios neutrales serían mantener doctrinas donde ya previamente se habían dado y prevalecían valores y extenderlos a otras áreas periféricas. En las sentencias, los jueces deben sacar a relucir los auténticos motivos fundamentales del fallo.⁵⁴⁷ En su opinión, las decisiones de la Corte deben trascender al caso concreto, usando lo que llama principio neutrales; principios que deben ser universalmente aplicados, pues no se pueden tomar en cuenta criterios oportunos para un caso controvertido. En su lugar se debe decidir sobre principios generales y neutrales, que distinguen la actuación de los órganos jurisdiccionales de las resoluciones políticas.

En realidad, casi todos los participantes del debate académico admitieron que la decisión en *Brown* era sustantivamente justa; su error era que no se fundamentaba en criterios neutrales.⁵⁴⁸ Wechsler considera que las sentencias *per curiam* no son adecuadas para resolver problemas de justicia, pues las sentencias deben obedecer a principios creados previamente sin atender al caso concreto. Considera la decisión de la Corte en *Brown* como un error, pues a sus ojos no hay nada de inconstitucional en la separación de las razas, aunque él mismo declara su pesar al no poder compartir la comida con su colega negro, el abogado Charles H. Houston; sin embargo, añade, el sufrimiento de la prohibición es para ambos.⁵⁴⁹ Las decisiones de la Corte después de *Brown* extienden la inconstitucionalidad de la segregación a otros ámbitos que nada tienen que ver con la educación.

⁵⁴⁶ *Ibidem*, pp. 15 y 16.

⁵⁴⁷ *Ibidem*, p. 60.

⁵⁴⁸ Wechsler, Herbert, "Toward Neutral Principles of Constitutional Law", *cit.*, p. 12.

⁵⁴⁹ *Ibidem*, p. 34.

Alexander Bickel era uno de los letrados ayudantes del juez Frankfurter cuando se preparaba la sentencia; él redactó un informe acerca de la interpretación de la decimocuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos a la luz de la intención original de sus autores.⁵⁵⁰ No trata de presentar a la Corte Suprema de los Estados Unidos como un órgano ajeno a la política. Para él, su contexto es precisamente político. Se deben atender los principios sobre los que existe un amplio consenso social y no sólo a aquellos principios jurídicos a que se refiere Wechsler. Así, la Corte Suprema debe atender a valores sociales y formular los principios aceptables por la comunidad.⁵⁵¹

Pedían a la Corte Suprema: 1) que los jueces ofrecieran razones de sus decisiones; 2) que las razones se expusieran de forma coherente y completa; 3) que esas razones se hubieran basado en una discusión colectiva, y 4) que sus sentencias mostraran alguna conexión con las preferencias de la sociedad.

2. *El originalismo: la interpretación de la ortodoxia*

Como vimos, la reacción desatada por la sentencia *Brown* es enorme. Poco tiempo después, en la academia se revisan las formas de interpretar la Constitución. Esta corriente se creó como una reacción al activismo de la Corte del magistrado Warren.⁵⁵² ¿Debía interpretar la Corte Suprema libremente la cláusula de igualdad? Para los originalistas la respuesta es negativa, pues le otorgan la máxima importancia a la intención original del constituyente. Según la doctrina originalista, el significado del texto constitucional se basa en la intención de los padres constituyentes, sobre la base del modelo de los antecedentes históricos que denotan un significado concreto.⁵⁵³ Los detractores del activismo sostienen que la decisión representa un “Poder Judicial desnudo de poder”, ya que abandona el papel judicial para establecerse como un poder político. El activismo se traduce para los originalistas en una violación al principio de separación de poderes. Para

⁵⁵⁰ El informe lo desarrolla poco después en un artículo. Bickel, Alexander M., “The Original Understanding and the Segregation Decision”, *Harvard Law Review*, vol. 69, núm. 1, 1955-1956, pp. 1-65.

⁵⁵¹ Bickel, Alexander, *The least Dangerous Branch...*, cit., p. 329.

⁵⁵² Cfr. Dorado Porras, Javier, “El debate sobre el control constitucional en los Estados Unidos”, cit., p. 39.

⁵⁵³ Richards, David A. J., “La intención de los constituyentes y la interpretación constitucional”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, 1988, p. 144.

ellos, las decisiones de la Corte deben estar libres de decisiones basadas en normas morales o en la subjetividad de los jueces.⁵⁵⁴

El originalismo a ultranza, inspirado en algunas ideas de Wechsler, Berger, Learned Hand y Messe III, alcanza su mayoría de edad con algunos escritos del presidente de la Corte Rehnquist.⁵⁵⁵ Messe sostiene que una interpretación fiel de la Constitución, una jurisprudencia acorde a la intención original, no es una jurisprudencia de resultados políticos. Está mucho más comprometida con el procedimiento, y es una jurisprudencia que busca despolitizar el derecho.⁵⁵⁶ Para los originalistas, la Corte no puede añadir mediante una labor interpretativa nada que no hubiera sido previsto por los constituyentes.⁵⁵⁷

El principio de la sentencia *Brown vs. Board of Education*⁵⁵⁸ representa una interpretación moderna del principio de igualdad en Estados Unidos. Su tesis es precisamente antioriginalista, ya que se rechaza la visión de interpretar la Constitución buscando la intención del constituyente: la Corte “no puede atrasar el reloj a 1868 cuando la Enmienda fue adoptada, o hasta 1896 cuando el caso *Plessy vs. Ferguson* fue fallado”.⁵⁵⁹ La Corte ve más allá de lo propiamente establecido por la Constitución al valorar las consecuencias reales de la segregación.

El tema de la interpretación constitucional es el más importante del constitucionalismo norteamericano actual. Los debates más importantes versan precisamente sobre cómo debe interpretarse la cláusula de igualdad y el *due process* de la decimocuarta enmienda de 1868.⁵⁶⁰ Aunque el

⁵⁵⁴ Sobre el tema véase Friedman, Barry, “Neutral Principles: A Retrospective”, *Vand. L. Review*, vol. 50, 1997, pp. 503-536.

⁵⁵⁵ Meese, Edwin III, “Construing the Constitution”, *cit.*, p. 22; Berger, Raoul, *Government by Judiciary y Death Penalties*, Cambridge, Harvard University Press, 1982; Bork, Robert, “Neutral Principle and some first Amendment Problems”, *Indiana Law Journal*, vol. 47, 1971-1972, pp. 1-35; Bork, Robert, “The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution”, *Wash. U. Law Q.*, vol. 3, 1979, pp. 695-701; Bork, Robert, *Tradition and Morality in Constitutional Law*, Washington, American Enterprise Institute, 1984; Rehnquist, “Political Battles for Judicial Independence”, *Washington Law Review*, vol. 50, 1975, pp. 835-852.

⁵⁵⁶ Meese, Edwin III, “Construing the Constitution”, *U. S. Davis Law Review*, vol. 19, 1995, p. 29.

⁵⁵⁷ Beltrán de Felipe, Miguel, *Originalismo e interpretación*, *cit.*, p. 55.

⁵⁵⁸ 347 U. S. 483 (1954).

⁵⁵⁹ *Ibidem*, pp. 690 y 691.

⁵⁶⁰ La bibliografía sobre interpretación constitucional es enorme. Véanse, por ejemplo, Tushnet, Mark, “The U. S. Constitution and the Intent of the Framers”, *Buffalo Law Review*, vol. 36, 1987, pp. 217-226; Perry, Michael J., “The Authority of Text,

texto constitucional es la base de toda interpretación, no todos están de acuerdo en qué valor otorgarle a la intención del constituyente, a la literalidad del texto.

Uno de los principales autores originalistas es Robert Bork. Para él, las libertades consagradas en el *Bill of Rights* y en las enmiendas de la guerra civil se deben limitar a la clara intención del legislador,⁵⁶¹ pues ellas no contemplan todas las libertades deseables, sino sólo aquellas expresamente establecidas. Así, por ejemplo, en ningún lugar la Constitución prohíbe la discriminación fuera del ámbito racial. No vacila tampoco en rechazar cualquier interpretación de las enmiendas V y XIV que amplíen derechos fundamentales.

Para el autor de *Tempting of América* —obra donde sintetiza su doctrina de interpretación constitucional—,⁵⁶² el originalismo es necesario para reprimir la discreción judicial, por lo que es imposible que se amplíen los derechos fundamentales establecidos en la Constitución. Para Bork, el derecho al aborto no debe ser reconocido como un derecho fundamental, ya que ésta no fue una intención de los constituyentes.⁵⁶³

La polémica sobre los derechos sociales es una polémica sobre originalismo. Si la Constitución no contempla derechos sociales, la Corte no puede reconocerlos.⁵⁶⁴ Para Bork, las ideas de aquellos autores que sos-

Tradition, and Reason: A Theory of Constitutional Interpretation”, *Southern California Law Review*, vol. 58, 1985, pp. 551-602; Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, cit. Véanse también Mohino, Juan Carlos, “El debate sobre la interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana (Dworkin, Ely, Tribe, Barber)”, cit.; Richards, David A. J., “La intención de los constituyentes y la interpretación constitucional”, cit.; Wolfe, Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional*, cit.; Iglesias Villa, Marisa, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa*, núm. 23, 2000, pp. 77-104; Atienza, Manuel, “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, *Isonomía*, núm. 6, 1997, pp. 6-30; Páramo Argüelles, Juan Ramón de, “Razonamiento jurídico e interpretación constitucional”, en Laporta, Francisco J. (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 193-220; Balaguer Callejón, María, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Tecnos, 1997.

⁵⁶¹ Chemerinsky, Erwin, “The Constitution is not «Hard Law»: The Bork Rejection and the Future of Constitutional Jurisprudence”, *Const. Comment*, vol. 6, 1989, p. 29.

⁵⁶² Bork, Robert, *Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, Nueva York, Fee Press, 1990.

⁵⁶³ Es el caso de la sentencia *Roe vs. Waden*, 410 U. S. 113 (1973), que invalidó un estatuto que penaba el aborto en Texas.

⁵⁶⁴ En la década de los setenta Frank I. Michelman aboga por el reconocimiento de estos derechos. Según él, la cláusula de igual protección de las leyes de la enmienda XIV

tienen que la Corte debe proteger derechos no consagrados en la Constitución, otorgándoles el mismo rango que los señalados expresamente como fundamentales, están basadas en “argumentos filosóficos y morales más que en el texto constitucional, en su historia o estructura”.⁵⁶⁵ Para él, si los redactores de la Constitución hubieran querido delegar a los jueces la función de crear nuevos derechos por un método moral o filosófico, podríamos esperar que ellos lo hubieran señalado así.

El profesor agrega de forma irónica que los redactores podrían haber resuelto el problema redactando una novena enmienda que declarase: “La Corte Suprema debe, de tiempo en tiempo, encontrar e implementar derechos adicionales, los cuales serán determinados por la filosofía moral, o por consideraciones de las ideas dominantes del gobierno de la República”.⁵⁶⁶

Para Bork, el Poder Judicial no debe crear normas constitucionales, no debe legislar. Lo dicho por Bork es discutible. Es verdad que el Poder Constituyente debe establecer las normas fundamentales, es el pueblo representado el que decide sobre las leyes que deben regir en la sociedad.⁵⁶⁷ Pero si las Constituciones suelen estar redactadas en términos abstractos, ¿cómo deben entenderse los principios constitucionales? La decisión última, como vimos en el capítulo anterior, recaerá en un órgano colegiado de jueces; ellos conocerán sobre la constitucionalidad de las normas. Sin embargo, la premisa inicial de deferencia a la labor legislativa otorga una

permite ampliar el universo de protección de la igualdad. Así, el derecho a la igualdad debe contener el reconocimiento de una mínima protección de estos derechos sociales que tendrían un fundamento en la Constitución si se interpreta ésta de una forma menos restrictiva. Michelman, Frank, “Protecting The Poor Throught The Fourteenth Amendment”, *Harvard Law Review*, vol. 83, 1969. Bork ataca el argumento de Michelman, señalando que la idea de que la gente tendría un acceso más eficaz a los procesos políticos si sus necesidades básicas estuvieran cubiertas acarrea un problema básico: los jueces no pueden invocar derechos más allá de los previstos por la Constitución. Bork, Robert, “The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution”, *cit.*, p. 698. Sobre lo dicho por Michelman véase Durchslag, Melvyn R., “Constraints on Equal Access to Fundamental Liberties: Another Look at Professor Michelman’s Theory of Minimum Protection”, *Georgia Law Review*, vol. 19, 1984-1985, pp. 1041-1074.

⁵⁶⁵ Bork, Robert, “The impossibility of finding...”, *cit.*, p. 696.

⁵⁶⁶ *Ibidem*, p. 697.

⁵⁶⁷ Esto se relaciona con la noción del Estado de derecho, donde los poderes públicos están constreñidos por normas generales: leyes fundamentales o constituciones, y deber ser ejercidos en el ámbito de las leyes que los regulan. Doctrina que se remonta a los clásicos, trasmitida por las doctrinas políticas medievales: superioridad del gobierno de las leyes sobre el gobierno de los hombres, según la fórmula *lex facit regem*. Cfr. Bobbio, Norberto, “Liberalismo y democracia”, *cit.*, p. 18.

fuerte presunción a favor de la norma: presunción *iuris tantum*. Lo anterior, en su sentido clásico, se entiende como una casi completa libertad del legislador. La racionalidad de las normas sería la única limitante.

Las críticas al originalismo suelen tener como argumento la propia forma en como está redactado el texto constitucional: si el constituyente redactó la Constitución deliberadamente de forma abstracta lo hizo porque suponía los cambios que se darían en la sociedad a lo largo de la historia; el legislador buscaba que la Constitución fuera “resistente” a los cambios.⁵⁶⁸

Para otros, las ideas del Constituyente no son ideas acabadas, los principios establecidos en la Constitución son susceptibles de una mejor interpretación, incluyendo la interpretación del propio legislador.⁵⁶⁹ Cuando el juez se enfrenta a un caso tratará, en primer lugar, de buscar una norma especial que permita resolver el caso. Un caso fácil sería aquel para el cual no existe esa norma para el caso concreto.

En el modelo clásico, defendido por el formalismo jurídico, se sostiene la idea de que los jueces elaboran sus sentencias mediante un silogismo cuya premisa mayor está en las leyes y cuya premisa menor se extrae de los hechos comprobados en un litigio.⁵⁷⁰ Lamentablemente, no todos los conflictos que se le presentan a un juez encuentran una norma que nos dé una respuesta certera.

La idea de la igualdad se ha prestado siempre a diferentes interpretaciones, por lo que se le considera un concepto esencialmente controvertido (*essentially contested concept*).⁵⁷¹ Como señala Jeremy Waldron: “una expresión deviene controvertida cuando es claro que expresa un criterio normativo; sin embargo, personas distintas están en desacuerdo acerca del contenido específico de ese criterio”.⁵⁷²

⁵⁶⁸ En el capítulo primero nos referimos a la importancia de la abstracción constitucional en la resistencia constitucional.

⁵⁶⁹ Richards, David A. J., “La intención de los constituyentes”, *cit.*, p. 145.

⁵⁷⁰ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, *cit.*, p. 20.

⁵⁷¹ La expresión viene del artículo: Gallie, W. B., “Essentially Contested Concepts”, *Proceeding of the Philosophical Society*, vol. 56, 1956-1957, p. 167. Sobre los conceptos esencialmente controvertidos véase la tesis doctoral: Torbisco Casals, Neus, “Minorías culturales y derechos colectivos: un enfoque liberal”; Calsamiglia Blancafort, Albert y Moreso Mateos, José Juan (dir.), Universidad Pompeu Fabra, Facultad de Derecho, 2000, pp. 22 y ss.; Iglesias Villa, Marisa, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa*, núm. 23, 2000, pp. 77-104.

⁵⁷² Waldron, Jeremy, “Vagueness in Law and Language: some Philosophical Issues”, *California Law Review*, vol. 509, 1994, p. 526.

Cuando la norma aplicable es una de aquellas redactadas en términos abstractos, “vagos” o “ambiguos” no da luz acerca de cómo se debe resolver el caso. El jurista que inicia con el estudio sobre la vaguedad y ambigüedad en los conceptos de derecho es Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992).⁵⁷³

Para Hart, el texto constitucional presenta ambigüedades semánticas y sintácticas. Las ambigüedades semánticas se dan cuando una palabra tiene más de un significado. Por su parte, las sintácticas se dan cuando una oración puede expresar más de una proposición porque las conexiones entre las distintas palabras que componen pueden interpretarse de distintos modos.

Una expresión es vaga cuando existe incertidumbre en la aplicación, tenemos suficiente información sobre el objeto; sé todo lo que necesito saber de él. La duda se origina sobre el campo de aplicación de la palabra,⁵⁷⁴ no

⁵⁷³ Lo anterior no es casualidad. Recordemos que H. L. A. Hart pertenece a la escuela de jurisprudencia analítica. Para esta escuela, el papel primordial de la jurisprudencia es “esclarecer el significado preciso de los términos fundamentales que aparecen en el discurso jurídico, poner en descubierto sus relaciones, y exhibir la semejanzas y distinciones que ellos reflejan”. Sobre esto véase Carrio, G., “Introducción”, en Hart, Herbert L. A., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962, p. XI. La escuela de jurisprudencia analítica, junto con el positivismo jurídico continental, atraviesa un periodo de des prestigio tras las Segunda Guerra Mundial: después de las atrocidades de la guerra no parecía haber cabida para un derecho relacionado con el relativismo ético. Hart se encarga de darle nuevos bríos a los estudios analíticos, influenciado por el positivismo jurídico de Hans Kelsen y por las corrientes del pragmatismo instrumental norteamericano, como el realismo jurídico. Pero la aportación más importante de Hart viene de la influencia en su obra de la filosofía lingüística; filosofía con raíces en las ideas de G. Frege y más tarde en las de Russell y Wittgenstein, que se caracteriza por la búsqueda de un lenguaje científico, lógico y libre de las confusiones usuales del lenguaje ordinario. Hart trabaja durante la Segunda Guerra Mundial en el Servicio de Inteligencia Británico; ahí conoce a los filósofos de la Universidad de Oxford, Gilbert Ryle y a Sir Stuart Hampshire. Sobre la biografía intelectual de Hart véase Orrego, Cristóbal, “Antecedentes iusfilosóficos de el concepto de derecho de H. L. A. Hart”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 84, 1995, pp. 1091-1137; Páramo Argüelles, Juan Ramón de, “Entrevista a H. L. A. Hart”, *Doxa*, núm. 15, 1988, pp. 339-361, y Raz, Joseph, “En memoria de H. L. A. Hart”, *Doxa*, núm. 13, 1993, pp. 27-30.

⁵⁷⁴ Para Grice: “To say that an expression is vague (in a broad sense of vague) presumably, roughly speaking, to say that there are cases (actual or possible) in which one just does not know whether to apply the expression or to withhold it, and one’s not knowing is not due to ignorance of the facts”. Grice, H. P., *Studies in the Way of Words*, Cambridge, Harvard University Press, 1989, citado por Endicott, Timothy A. O., *Vagueness in Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2000, p. 31. Sobre la vaguedad *cfr.* Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional..., cit.*, pp. 19 y ss.; Carrión, Genaro, *Notas sobre el derecho y el lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990, pp. 31 y ss., y Herbert,

hablamos de ambigüedad pues sabemos lo que quiere decir joven, adulto, calvo o anciano. Hay casos claros en los que nadie dudaría en aplicar la palabra y casos en lo que nadie dudaría en no usarla. Sin embargo, hay una franja más o menos extensa de casos posibles frente a los cuales, si se presentan, podría haber dudas en la aplicación de los términos.⁵⁷⁵

Aun con los problemas en la interpretación constitucional antes descritos la Corte Suprema de los Estados Unidos ha establecido una serie de principios que utilizará el juez a la hora de enfrentarse a una demanda de inconstitucionalidad de una norma.

Mucho tiempo ha pasado desde que el juez Marshall redactara la sentencia *Marbury vs. Madison*. La Corte desde entonces ha desarrollado un sofisticado mecanismo que ha evitado, en la medida de lo posible, la discrecionalidad judicial, y que son el resultado de la propia doctrina constitucional.

“El principio de igualdad prohíbe hacer distinciones basadas en la raza o en el sexo —por ejemplo— que no estén justificadas o que sean irrazonables. Lo que lesioná la igualdad no es la distinción, sino su falta de justificación”.⁵⁷⁶ De ahí el hecho de que las normas sean racionales sea el primer requisito que deben cumplir las normas.

Aquí cabe hacer una distinción entre el término *racionalidad* y el de *razonabilidad*: la razón,⁵⁷⁷ como la noción de *racionalidad*, se vincula a

Hart, “Positivism and the separation of law and morals”, *Harvard Law Review*, vol. 71, 1957, pp. 593-629.

⁵⁷⁵ Carrión, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, cit., p. 32.

⁵⁷⁶ Calsamiglia, Albert, “Sobre el principio de igualdad”, en Peces Barba, Gregorio, *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1992, p. 102; Freund, Paul A., “Igualdad, raza y trato preferente”, en Mooney, M. y Stuber, F., *Los humanistas y la política. Aliciente en tiempos difíciles*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, pp. 42-49.

⁵⁷⁷ Entendemos aquí razón como facultad de discurrir: reflexionar, pensar, hablar acerca de algo, aplicar la inteligencia. Ahí donde es posible una indagación o una investigación la razón es la guía autónoma en todos los campos. Abbagnano, Nicola, “Razón”, *Diccionario de Filosofía*, traducción de Alfredo Galetti, México, Fondo de Cultura Económica, 1995. Recordemos que Hume rechaza la concepción racionalista en el sentido de que “toda criatura racional está obligada a regular sus acciones mediante la razón”, libro II, parte III, sección III, párrafo 413. Aunque usamos aquí la edición castellana: Hume, David, *Tratado de la naturaleza humana*, Madrid, Tecnos, 1998, existe la costumbre casi universal de citar los párrafos correspondientes a la edición inglesa: Selby-Bigge. L. A., *A Treatise of Human Nature: Being an Attempt to Introduce the Experimental Method of Reasoning into Moral Subjects*, Inglaterra, Oxford at the Clarendon Press, 1888. Continuaremos con esta costumbre en este trabajo. “La razón —señala Hume— no puede ser nunca motivo de ninguna acción de la vo-

criterios bien conocidos de la tradición filosófica, como las ideas de verdad, de coherencia y de eficacia, lo razonable y lo irrazonable están ligados a un margen de apreciación admisible y a lo que, excediendo de los límites permitidos, parece socialmente inaceptable”.

Para resolver la contradicción entre necesidad del legislador de hacer clasificaciones dentro de la ley, y el mandato constitucional de igualdad, se ha creado la doctrina de la clasificación racional. La Corte Suprema utiliza el escrutinio de racionalidad para resolver la paradoja de la igualdad contenida en la cláusula de la enmienda XIV.

Se entendía que la racionalidad era el único requisito que debían cumplir las normas para que éstas fueran consideradas válidas.⁵⁷⁸ En la sentencia *Gulf Colorado & Santa Fe Railway vs. Ellis*,⁵⁷⁹ decidida en 1897, se determina que el mero hecho de clasificar no es suficiente para considerar que una norma ha cumplido con lo establecido por la cláusula de igualdad contenida en la decimocuarta enmienda: “No sólo debe figurar una clasificación, ésta debe estar razonablemente fundada, y no ser sólo una selección arbitraria”.⁵⁸⁰

La Corte Suprema ha entendido que el principio de igualdad no implica tratar a todas las personas por igual. Así lo establece en su sentencia *Tigner vs. Texas* que señala: “La Constitución no exige que dos cosas distintas de hecho sean tratadas en la ley como si ellas fueran iguales”.⁵⁸¹

luntad; segundo: que la razón no puede oponerse nunca a la pasión en lo concerniente a la dirección de la voluntad”. *Ibidem*, p. 413.

⁵⁷⁸ Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza...*, cit., p. 168. Sobre el tema de racionalidad véase Bennett, Robert, “Mere Rationality in Constitutional Law: Judicial Review and Democratic Theory”, *California Law Review*, vol. 67, 1979, pp. 1049-1103; Bice, Scott, “Rationality Analysis in Constitutional Law”, *Minnesota Law Review*, vol. 65, 1980-1981, pp. 1-62; Vikram, David Amar, “Some Questions about Perfectionist Rationality Review”, *Hastings Law Journal*, vol. 45, 1993-1994, pp. 1029-1034; Strasser, Mark, “Unconstitutional? Don’t Ask; if It Is, Don’t Tell: on Deference, Rationality and the Constitution”, *University of Colorado Law Review*, vol. 66, 1994-1995, pp. 375-460, y Joyce, Patricia M., “Equal Protection Challenge to Economic Regulations: «Mere» Rationality or «Near» Rationality”, *Loyola Law Review*, vol. 23, pp. 584-594.

⁵⁷⁹ 165 U. S. 150 (1897).

⁵⁸⁰ La sentencia señala textualmente: “The mere fact of classification in not sufficient to relieve a status from the reach of the equality clause of the Fourteenth Amendment... it must appear not only that a classification has been made, but also that it is one based upon some reasonable ground —some difference Which bears a just and proper relation to the attempted classification— and is not a mere arbitrary selection”.

⁵⁸¹ 310 U. S. 141, 147 (1940) “The Constitution does require that things different in fact be treated in law as though they were the same”.

Por tanto, contamos, por una parte, con la necesidad que tiene el legislador de clasificar, y, por la otra, el mandato general de la igualdad contenido en la Constitución.

En la sentencia *FS Royster Guano Co. vs. Virginia* se señala: “una clasificación debe ser razonable, no arbitraria, y debe estar basada en una diferencia justa; teniendo una justa y sustancial relación con el objeto de la legislación”.⁵⁸² Otra formulación de esta idea se establece en *Thompson vs. Consolidated Gas Co.* La decisión es frecuentemente citada como la última sentencia del debido proceso “económico”. En esta sentencia se conoce sobre la constitucionalidad de una ley del estado de Texas que limitaba la producción de gas a las compañías demandantes con el supuesto fin de prevenir contaminantes. En la opinión del magistrado Brandies, las normas no pueden ser válidas si muestran una relación poco razonable con sus fines.⁵⁸³

El acto de clasificar se refiere a determinar si un individuo es miembro de una clase en particular. Eso será posible si encontramos que aquél posee el rasgo característico que define a la clase: un individuo *X* es miembro de la clase *Y* si, y sólo si, *X* posee el rasgo que define la clase *Y*. La racionalidad estaría determinada por el grado de coincidencia entre el propósito⁵⁸⁴ de la ley y los medios para cumplirla.

Señala Farrel que:

...una política racional debe ser aquella que esté diseñada para dirigir acciones pensando en la consecución de una cierta meta. Como mínimo, por lo tanto, requiere de tres elementos: un cierto conocimiento de las condiciones actuales; la identificación de un futuro buscado o una meta y la suposición de que las acciones escogidas contribuirán a realizar la meta deseada; suposición que a veces es denominada hipótesis instrumental.⁵⁸⁵

⁵⁸² 253 U. S. 412 (1920): a “classification must be reasonable, not arbitrary, and must rest upon some ground of difference having a fair and substantial relation to the object of the legislation”.

⁵⁸³ 300 U. S. 55 (1937) “The probation orders world not be valid if shown to bear no reasonable relation Esther to the prevention of waste or the protection of correlative rights, or if shown to be otherwise arbitrary”.

⁵⁸⁴ Utilizaremos el término “propósito” para referirnos a la finalidad formal a la cual la norma es dirigida. Véase Farrell, Rober C., “Legislative Purpose and the Equal Protection Rationality Review”, *Villanova Law Review*, vol. 37, 1992, pp. 1-66; Hans, Linde, “Due Process of Lawmaking”, *Nebraska Law Review*, vol. 55, p. 223.

⁵⁸⁵ Farrell, Rober C., “Legislative Purpose...”, cit., p. 4.

Según el ensayo clásico de Tussman y Tenbroek, una clasificación razonable es aquella que incluye a todas las personas que están similarmente situadas respecto del propósito de la ley.⁵⁸⁶ Dejar fuera a un grupo similarmente situado es indicio de que aquella clasificación obedece a fines distintos a los establecidos en la norma.

Para los propósitos de la cláusula de igual protección de la ley, la racionalidad legislativa es usualmente relacionada con las normas *underinclusive* y *overinclusive*. Según Tussman y Tenbroek, debemos tomar en cuenta dos clases diferentes de clasificaciones. En primer lugar se tendría a la clasificación legislativa llamada “T” (del inglés *Trait*), que la integran todos los individuos que poseen el rasgo distintivo; en segundo lugar (la clase de aquellos similarmente situados respecto al propósito de la ley a la que se le denomina “M” (del inglés *mischievous*) y que se compone de todos los individuos que están afectados por el daño al que la ley da respuesta.

Existen, según los autores norteamericanos, cinco posibles respuestas. El análisis de racionalidad consistiría en examinar si la clasificación del legislador agrupa realmente a las personas bajo un criterio apropiado: si las clases fueron racionalmente configuradas o si lo fueron caprichosamente. La racionalidad de la medida diferenciadora obedecería al grado de acierto al incluir a las personas similarmente situadas para los fines de la ley: una clasificación es claramente racional si incluye a todas las personas en similar situación, y es totalmente irracional si ninguna de las personas incluidas tiene relación alguna con tales fines.⁵⁸⁷ El cuadro elaborado por Tussman y Tenbroek es el siguiente:

⁵⁸⁶ Tussman, Joseph y Tenbroek, Jacobus, “The Equal Protection of the Laws”, *cit.*, p. 347. La aceptación de las ideas aportadas por Tussman y Tenbroek es general. Véase, por ejemplo, Barret, Edward L., “Judicial Supervision of Legislative Classification. A more Modest Role for Equal Protection?”, *Brigham Young University Law Review*, 1976, p. 123; Brest, Paul, “Palmer v. Thompson: an Approach to the Problem on unconstitutional legislative motive”, *The Supreme Court Review*, 1971, p. 106, nota 64. El ensayo de Tussman y Tenbroek es un clásico en materia de igualdad, considerado como una de las contribuciones más importantes al estudio de la enmienda decimocuarta. Véase Hasnas, John, “Equal Opportunity, Affirmative Action, and the Anti-Discrimination Principle...”, *cit.*, p. 16. El profesor Tenbroek fue un reconocido activista de los derechos de los discapacitados. Para esto véase Bagenstos, Samuel R., “The Future of Disability Law”, *The Yale Law Journal*, vol. 114, 2004, p. 13, nota 40. Sobre el ensayo de Tussman y Tenbroek en español véase Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, *cit.*, pp. 208 y ss.

⁵⁸⁷ El uso de las reglas de Tussman y Tenbroek es usual los tribunales norteamericanos. Véase por ejemplo el voto disidente de Harlan en la sentencia *Harper vs. Virginia*

- 1) Todos los T son M, y todos los M son T: clasificación perfectamente racional. La clasificación de esta ley coincide completamente con la clase de personas que están similarmente situadas respecto al propósito de la norma.
- 2) Ningún T es M: clasificación perfectamente irracional.
- 3) Todos los T son M, pero algunos M no son T: clasificación *underinclusive*. No incluye a todas las personas que se encuentran similarmente situadas: hay quienes no están en la clasificación, pero deberían estarlo
- 4) Todos los M son T, pero algunos T no son M: clasificación *overinclusive*. Incluye a más personas que las similarmente situadas.
- 5) Algunos T son M; algunos T no son M, y algunos M no son T: clasificación mixta de 3 y 4.

El test de racionalidad usado por la Corte es algo más que el examen de adecuación descrito por Tussman y Tenbroek; consiste en examinar las normas para establecer los motivos o razones que se alegan para justificar sus clasificaciones y establecer si se adecuan a la Constitución.⁵⁸⁸ Al usar un escrutinio mínimo, la Corte Suprema usualmente ha considerado que el Estado cumple con el requisito de ser racional.

En estricto sentido, la racionalidad es la relación medios fines, por lo que se deberían utilizar medios objetivos para conocer si una norma es

Board of Elections, 383 U.S. 663. En algunas sentencias de tribunales de otras latitudes lo establecido por Tussman y Tenbroek es usado para fundamentar los fallos. Véase por ejemplo las sentencias de la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia: C-708/02 y C-741/03, donde se conoce de la presunta inconstitucionalidad de leyes del Congreso, o la sentencia de la Corte Suprema de Canadá: *Andrews vs. Law society of British Columbia*, 1989 Can LII 2 (SCC).

⁵⁸⁸ El juicio de razonabilidad, en el ámbito constitucional español, como lo señala el Tribunal Constitucional, puede ser de dos tipos, a saber: el test de simple razonabilidad *stricto sensu* que supondría la consideración exclusiva de si existe o no una diferencia fáctica que justifique la desigualdad normativa en cuestión, y el test de razonabilidad en un sentido *lato*, que también puede ser denominado test de proporcionalidad, que supone la consideración de los fines que persigue la norma fiscalizada. Así, el Tribunal entiende generalmente como arbitraria una ley cuando la desigualdad carece de fundamentación objetiva o razonable. O bien, existe una desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados, que implique un sacrificio excesivo e innecesario de derechos fundamentales. “La introducción de elementos diferenciadores será constitucionalmente lícita cuando sea lícito el fin que se persigue y las consecuencias jurídicas que resultan de la diferenciación sean adecuadas y proporcionadas a ese fin”. STC 75/95. Sobre esto véase Prieto Sanchís, Luis, “Notas sobre la interpretación constitucional”, *cit.*, pp. 175-198.

racional; sin embargo, esto parece poco menos que imposible: el juez necesitará siempre que se aporten argumentos capaces de compensar la inexactitud en la clasificación utilizada.⁵⁸⁹

Quizá porque se relacionaba con los “excesos” cometidos relacionados con el debido proceso económico⁵⁹⁰ el uso de la racionalidad como instrumento del juez es abandonada en la era del *New Deal*. Más tarde, en la década de los años cincuenta, el lenguaje de racionalidad parece resurgir.⁵⁹¹

En la década de los sesenta se continúa con la práctica de atender a la racionalidad de las normas. Un ejemplo claro se encuentra en la sentencia *Griffin vs. Illinois*.⁵⁹² Aquí la Corte declaró inconstitucional una ley del estado de Illinois que establecía como requisito para dar trámite al recurso de *writ of error* el pago de copias del expediente del juicio, que sólo exentaba del pago a los indigentes sentenciados a muerte. Esto fue apelado por Griffin, quien consideró al estatuto como contrario al debido proceso y a la cláusula de igual protección de la enmienda XIV, pues al no contar con fondos suficientes para pagar los derechos exigidos se le estaba privando de su derecho a la legítima defensa.

Así, la Corte consideró que la ley violaba lo establecido en la enmienda XIV, por ser contrario a la cláusula de igual protección de las leyes. Con esta sentencia la Corte reconoció la obligación del Estado de proveer a todas las personas de los medios necesarios para ejercer el derecho a la acción sin consideraciones a las circunstancias económicas.⁵⁹³ Ésta es la pri-

⁵⁸⁹ La misión de la justicia constitucional no es tanto la de precisar “la mejor” o la “única” respuesta posible, sino más bien la de indicar qué interpretaciones resultan intolerables. Sobre el examen de razonabilidad véase Ruiz Miguel, Alfonso, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Doxa*, núm. 19, 1996, pp. 39-86.

⁵⁹⁰ Así lo establece Bennett: Bennett, Robert, “Mere Rationality in Constitutional Law: Judicial Review and Democracy Theory”, *cit.*, p. 1053.

⁵⁹¹ Véase, por ejemplo, *Wieman vs. Updegraff*, 344 U. S. 183, 192 (1952) o *Morey vs. Doud*, 351 U. S. 12 (1956).

⁵⁹² 351 U. S. 12, 18 (1956).

⁵⁹³ Este reconocimiento obedece a los principios de justicia de Rawls. De esta forma, el igual derecho a un juicio justo corresponde al principio rawlsiano de que las libertades básicas deben estar distribuidas con igualdad; el derecho al voto correspondería al formulado por Rawls como igualdad en la distribución de las libertades fundamentales, y, por último, el principio de igual derecho a la educación de Rawls. Sobre el cual, sin embargo, la Corte ha considerado que no existe un derecho a la educación pública gratuita: *Rodríguez vs. San Antonio Ind. School Dist.* 411 U.S. 1, 35 (1973). No obstante, en la sentencia *Plyler vs. Doe* 457 U.S. 202 (1982), la Corte consideró inconstitucional negar la educación gratuita a niños ilegales en el estado de Texas, lo que viene a matizar lo di-

mera sentencia en la que fuera del ámbito racial se anula una ley que es formalmente igualitaria, al sostener que en la aparente igualdad de condiciones para todos se escondía una diferencia de trato por una cuestión de estatus económico. La profesora Bussiere sostiene que la sentencia establecía un implícito reconocimiento de que los criterios económicos, al igual que los basados en la raza, son considerados sospechosos.⁵⁹⁴

3. Otras clasificaciones: mujeres, extranjeros, hijos ilegítimos

Vimos que la sentencia *Korematsu* inicia la doctrina de las clasificaciones sospechosas. Pues bien, en la década de los años sesenta se vuelve familiar el uso del escrutinio estricto⁵⁹⁵ para analizar la constitucionalidad de las normas que parecen discriminar a determinados grupos. La peculiaridad es que ahora ya no es la raza el rasgo que indica discriminación: comienza la lucha contra la discriminación en otras áreas, la existencia de ciertos grupos que por sus condiciones particulares se encuentran en una situación de desventaja respecto al resto de la sociedad.⁵⁹⁶

cho en *Rodriguez*. Michelman, Frank, “Protecting The Poor Through The Fourteenth Amendment”, *cit.*, pp. 13 y ss.

⁵⁹⁴ Brusiere, Elizabeth, “The Failure of Constitutional Welfare Rights in the Warren Court”, *Political Science Quarterly*, vol. 109, 1994, 105-131, p. 110. Las decisiones posteriores de la Corte habrán de matizar esta postura, ya que las clasificaciones económicas que se considerarán sospechosas lo serán en virtud de ser obstáculo para ejercer un “derecho fundamental”. Más adelante tendremos oportunidad de estudiar lo anterior.

⁵⁹⁵ La frase “escrutinio estricto” o *strict scrutiny* deriva de la sentencia *Skinner vs. Oklahoma*, 316 U. S. 535, 541 (1942), donde la Corte, en nombre la de la cláusula de igual protección, anula una ley de Oklahoma que pretendía esterilizar a los reos que hubieran reincidido tres o cuatro veces en la comisión de ciertos delitos. La norma estaba motivada en la eliminación de las tendencias criminales que se suponían heredados. La Corte reconoce un “interés fundamental” en la procreación, es decir un derecho superior a la finalidad buscada por el gobierno. De ahí que la sentencia *Skinner* es frecuentemente citada como el germen de la nueva protección por parte de la Corte de los derechos fundamentales. 316 U. S. 541 (1942).

⁵⁹⁶ Rosenfeld, Michel, *Igualdad y acción afirmativa para las mujeres en la Constitución de los Estados Unidos*, traducción de Jordi Freixes Montes, en Álvarez Conde, Enrique *et al.*, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 83-102; Rosenfeld, Michel, *Affirmative Action and Justice: A Philosophical and Constitutional Inquiry*, Londres, Yale University Press, 1991; Rosenfeld, Michel, *Nacimiento y evolución de los derechos humanos en los Estados Unidos*, *cit.*, pp. 28-34; Osborne, Raquel: “¿Son las mujeres una minoría?”, *Isegoría*, 14, 1996, pp. 79-93; *id.*, “Grupos minoritarios y acción positiva: las mujeres y la políticas de igualdad”, *Papers: Revista de Sociología*, núm. 53, 1997, pp. 65-76.

A. *Discriminación contra mujeres*

Poco tiempo después de ser ratificada la enmienda XIV la negativa del estado de Illinois de conceder una licencia para ejercer la abogacía a una mujer fue llevada a la Corte Suprema, que sentencia:

El derecho civil, como la propia naturaleza, ha reconocido siempre una profunda diferencia en las respectivas esferas y destinos del hombre y la mujer. El hombre es, o debe ser, el protector de la mujer, así como su defensor. La natural timidez de la mujer, así como la delicadeza que la caracterizan, la incapacitan para determinadas ocupaciones civiles.⁵⁹⁷

La Corte usó el mismo criterio en *Goesaert vs. Clearly*,⁵⁹⁸ donde se rechazó el recurso de una mujer y de su hija contra una ley de Michigan que impedía a las mujeres regentear bares salvo si eran esposas o hijas de un hombre titular de una licencia. La medida avalada por la Corte —se reconocerá después— pretendía perpetuar el monopolio masculino de estos establecimientos. Para el magistrado Frankfurter:

El hecho de que las mujeres hayan podido alcanzar las prerrogativas que los hombres han poseído tiempo atrás, y ahora comparten los mismos vicios con éstos, no imposibilita a los estados a establecer una línea que divida los sexos, en materias tales como la regulación del tráfico del licor... La Constitución no requiere al legislador reflejar los cambios sociológicos...⁵⁹⁹

La misma línea se siguió para aquellas demandas que solicitaban la anulación de las normas que imposibilitaban ejercer el derecho al voto a las mujeres,⁶⁰⁰ o en la exclusión de las mujeres para formar parte de jurados populares.⁶⁰¹ En la sentencia *Muller vs. Oregon*,⁶⁰² la Corte modificó el principio sostenido en *Lochner*, bajo el cual las normas que limitaban

597 83 U. S. (16 Wall.) 130, 141 (1873).

598 335 U. S. (1948).

599 335 U. S. 464, 466 (1948). La traducción es nuestra.

600 *Minor vs. Happersett*, 88 U. S. (21 Wall.) 162 (1875).

601 *Hoyt vs. Florida*, 368 U. S. 57 (1961). En realidad la norma no negaba el derecho a las mujeres a formar parte de los jurados populares, pues las mujeres que se ofrecieran como voluntarias podría formar parte de dichos jurados: “No podemos señalar que sea inconstitucional que un Estado, que actúa en la búsqueda del bienestar general, concluya que las mujeres deben estar exentas del deber cívico de servir en un jurado a menos que ellas mismas determinen que tal servicio es compatible con sus propias responsabilidades...”. La traducción es nuestra.

602 208 U. S. 412, 421 (1908).

la libertad contractual eran inconstitucionales. Bajo la lógica de la Corte el estado debía proteger a la mujer cuya estructura física la situaba en desventaja para la subsistencia frente al hombre.⁶⁰³

En la sentencia *Reed vs. Reed*,⁶⁰⁴ de 1971, fue la primera ocasión en que la Corte Suprema reconoció discriminación legal en contra de una mujer. En ésta se declaró inconstitucional un precepto del Código Civil del estado de Idaho que establecía preferencias de los hombres sobre las mujeres para administrar los bienes del intestado.

Dos años después, en *Frontiero vs. Richardson*,⁶⁰⁵ se analiza la constitucionalidad de un plan de la fuerza aérea que establecía beneficios automáticos para las esposas de los militares; sin embargo, condicionaba las ayudas a los esposos, pues se debía probar que estos últimos dependían económicamente de ellas. De esta guisa, la Corte Suprema debe responder si una ley federal que establece diferenciaciones entre sexos es inconstitucional por violación de la cláusula del debido proceso de la quinta enmienda.

En una opinión bastante dividida, la Corte encontró que el interés del gobierno no podría justificar prácticas discriminatorias. En la sentencia se reconoce la larga tradición histórica de discriminación sexual. Pero en lo que no se ponen de acuerdo los jueces es en qué método usar: cuatro de los magistrados (Brennan, Douglas, White y Marshall) usan un método estricto, bajo el cual consideran que la ley del Congreso es inconstitucional; tres magistrados (Powell, Blackmun y el chief Burger) llegan al mismo resultado; sin embargo, rechazan expresamente usar el método más estricto, juzgando el caso bajo el método tradicional. El magistrado Stewart considera inconstitucional la ley sin pronunciarse por el método, mientras que el magistrado Rehnquist disiente sobre el fondo del asunto.

A partir del caso *Craig vs. Boren*⁶⁰⁶ (1976), la Corte comienza a usar un método *ad hoc*. En este asunto se analiza la constitucionalidad de una ley de Oklahoma que prohibía la venta de alcohol a los varones menores de veintiún años, mientras que la prohibición de venta a las mujeres se reducía a los dieciocho: la distinción entre géneros, dice la Corte, “debe

⁶⁰³ Sobre el cambio de rumbo de la Corte véase Ackerman, Bruce A., *We the people. Transformation, cit.*, pp. 345 y ss.

⁶⁰⁴ 404 U. S. 71 (1971).

⁶⁰⁵ 411 U. S. 677 (1973).

⁶⁰⁶ 429 U. S. 190 (1976).

servir a objetivos gubernamentales importantes y debe estar substancialmente relacionada con la consecución de esos objetivos”.

La Corte Suprema estableció que para resolver supuestos casos de discriminación por razón de sexo se debía aplicar un método intermedio: *intermediate test*, que requiere que la relación entre clasificación legal y el objetivo del Estado esté sustancialmente relacionado con los objetivos del gobierno. La Corte literalmente señala: “must serve important governmental objectives and must be substantially related to achievement of those objectives”.

Las alegaciones del gobierno a favor de la norma en *Craig vs. Boren* se basaban en cuestiones de seguridad vial: las estadísticas demostraban la mayor peligrosidad que representaban los hombres frente a las mujeres en la conducción de vehículos. La Corte considera que los argumentos del gobierno son demasiado endebles para justificar el uso de medios legislativos basados en el sexo.⁶⁰⁷ El nuevo test intermedio fue usado en varias ocasiones para declarar inconstitucionales varias políticas y leyes gubernamentales que utilizaban clasificaciones de género.

Es el caso de *Califano vs. Goldfarb*,⁶⁰⁸ donde se cuestiona una norma que condicionaba las pensiones al cónyuge masculino a que se demostrara que él hubiera estado sobreviviendo con parte del salario de ella, requisito que no existía para el caso de que fuera ella la que tuviera derecho a la pensión de viudedad. Ahora, con el antecedente de *Craig*, el estudio es diferente, es decir, usando un método intermedio, se llegó a la conclusión de que la norma discriminaba. Un argumento al que atendieron los jueces fue que también las familias se veían perjudicadas, no tanto el viudo en lo individual.⁶⁰⁹

⁶⁰⁷ Rosenfeld, Michel, *Igualdad y acción afirmativa para las mujeres...*, cit., pp. 95 y ss. Para Rosenfeld, la norma anulada en *Craig* más que favorecer a las mujeres tenía como consecuencia la perpetuación de los estereotipos sexistas que a la larga perjudican al género femenino.

⁶⁰⁸ 430 U. S. 199, 210–11 (1977). Esta es una *plurality opinion*, es decir, la mayoría está de acuerdo en el fallo, pero ninguno coincide en la motivación, pues cada uno de los magistrados dicta un voto particular razonado.

⁶⁰⁹ La doctrina del escrutinio intermedio se sigue aplicando posteriormente. Véase *Califano vs. Webster*, U. S. 313, 316–317 (1977), *Stanton vs. Stanton*, 429 U. S. 501 (1977), donde se declara inconstitucional una disposición que establecía la obligación alimentaria con los hijos hasta los 21 años pero con las hijas hasta los 18 años. En *Orr vs. Orr*, 440 U. S. 268, 279 (1979), se cuestiona una ley de Alabama que en caso de divorcio establece derecho a pensiones a la mujer pero no al hombre. El mismo criterio se usó en *Caban vs. Mohammed*, 441 U. S. 380, 388 (1979); *Massachusetts Personnel*

*Mississippi University for Woman vs. Hogan.*⁶¹⁰ La Corte Suprema declaró inconstitucionales las políticas de admisión de la escuela estatal de enfermería Mississippi University for Women (MUW), que negaban el ingreso de hombres, señalando que dicha exclusión estaba motivada para proteger a las mujeres. La Corte fundamentó el fallo en la cláusula de igual protección de la ley.

La magistrada O'Connor, autora de la opinión mayoritaria, demandó que el gobierno del estado debía presentar una “justificación sobradamente convincente” (o *exceedingly persuasive justification*),⁶¹¹ que hace más difícil superar el examen de constitucionalidad. La Corte señala que los estatutos reflejan unos estereotipos arcaicos.⁶¹² Por lo tanto, el estado no debe excluir o proteger a los miembros de un género porque se presuma que sufren de una desventaja o inferioridad innata.

La sentencia *Hogan* distinguió entre las clasificaciones que se usaban para beneficiar a las mujeres de aquellas que estaban basadas en estereotipos. Como explicara la magistrada O'Connor, una política que “directa e intencionalmente asiste a los miembros del sexo proporcionalmente más castigado” probablemente superará el desafío a su constitucionalidad (“*Intentionally and directly assists members of the sex that is disproportionately burdened*”); sin embargo, la clasificación probablemente no superaría el examen de constitucionalidad si el propósito que subyace es en realidad el de promover nociones y estereotipos arcaicos acerca de la mujer.⁶¹³

De acuerdo con la Corte, la escuela de enfermería de Mississippi no fue capaz de probar que las políticas de ingreso servían para beneficiar al

Adm'r vs. Feeney, 442 U. S. 256, 273 (1979); *Califano vs. Westcott*, 443 U. S. 76, 85 (1979); *Wengler vs. Druggists Mutual Ins. Co.*, 446 U. S. 142, 150 (1980). En *Kirchberg vs. Feenstra*, 450 U. S. 455 (1981), se anula una ley del estado de Louisiana que establecía que el marido era titular y dueño de los bienes del matrimonio, por lo que no necesitaba del consentimiento de la cónyuge para disponer de los bienes adquiridos dentro del matrimonio. Véase también las sentencia *Michael M. vs. Superior Court*, 450 U. S. 464, 468–69 (1981) (*plurality opinion*, con voto concurrente del magistrado Blackmun); *Rostker vs. Goldberg*, 453 U. S. 57, 69–72 (1981).

⁶¹⁰ 458 U. S. 718 (1982).

⁶¹¹ Tomamos la traducción que hacen Beltrán de Felipe y González García de *exceedingly persuasive justification* a las palabras en español: justificación sobradamente convincente. Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas..., cit.*, p. 558. Esta frase fue utilizada por vez primera en la sentencia *Pers. Adm'r of Mass. vs. Feeney*, 442 U. S. 256, 273 (1979).

⁶¹² “...reflects archaic and stereotypic notion” 458 U. S. 725 (1982).

⁶¹³ 458 U. S. 725 (1982).

sexo femenino, ya que las mujeres dominaban el ámbito de la enfermería. Además, la Corte consideró que las políticas de la escuela ayudaban a perpetuar el estereotipo de que el trabajo de enfermera era exclusivo de mujeres.⁶¹⁴

La Corte consideró que en el caso de las discriminaciones por género debía demostrarse que la clasificación legal atiende a objetivos importantes del estado, y que el empleo de la discriminación está sustancialmente relacionado para lograr esos objetivos. El precedente del uso de un escrutinio *ad hoc* se ve cimentado en 1994 por la sentencia *J. E. B. vs. Alabama ex rel. T. B.*⁶¹⁵

En *U. S. vs. Virginia*,⁶¹⁶ de 1996, se falla una de las sentencias más importantes de la historia de los derechos de las mujeres. El asunto tiene su génesis en la financiación con dinero público por parte de los estados de Carolina del Sur y Virginia a las academias militares de Citadel y VMI, respectivamente. El litigio que había llegado a la Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito, la cual declaró inconstitucional la exclusión de mujeres, pero aceptando la creación de una institución similar exclusiva para mujeres: Virginia Women's Institute for Leadership (VWIL).⁶¹⁷ El gobierno federal recurrió a la Corte Suprema por considerar que las escuelas volvían a la doctrina de separados, pero iguales, de *Plessy vs. Ferguson*.

⁶¹⁴ 458 U. S. 729-730 (1982).

⁶¹⁵ 511 U. S. 127 (1994).

⁶¹⁶ 518 U. S. 515 (1994). Sobre esta sentencia véanse Ponte, Lucille M., "United States vs. Virginia: Reinforcing Archaic Stereotypes about Women in the Military under the Flawed Guise of Educational Diversity", *Hastings Women's Law Journal*, vol. 7, 1996, pp. 1-84; Hooton, Angela D., "Constitutional Review of Affirmative Action Policies for Women of Color: a Hopeless Paradox?", *Wisconsin Women's Law Journal*, vol. 15, 2000, pp. 391-437; Martín Vida, María Ángeles, "Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos...", *cit.*, pp. 181 y ss.; Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, *cit.*, pp. 133 y ss.; *id.*, "Jurisprudencia norteamericana reciente sobre las affirmative action basada en el género", *Aequalitas. Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, núm. 4, 2000, pp. 8 y 9; Barrère Unzueta, María Ángeles, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, Civitas-IVAP, 1997, p. 38; y Suay Rincón, José, *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Madrid, IEAL, 1985, p. 118.

⁶¹⁷ La decisión de crear un instituto paralelo al VMI se tomó entre las tres opciones que daba la Corte de Apelaciones: admitir mujeres, establecer un programa comparable al VMI o transformar el VMI en una institución privada, el estado de Virginia creó un instituto paralelo al VMI exclusivo para mujeres: Virginia Women's Institute for Leadership (VWIL). 976 F.2d 890 (4th. Cir. 1992).

Los argumentos que daba el estado a favor de la exclusión de las mujeres de este instituto eran que otorgaba una educación con un nivel de exigencia que se vería alterado si se aceptasen mujeres. Además, según la defensa, los métodos implantados en la escuela, distintos al común de instituciones, otorgaban diversidad en el ámbito educativo del estado. La Corte recuerda que las clasificaciones de género debían ser analizadas bajo un escrutinio muy severo,⁶¹⁸ señalando que existe una “fuerte” presunción de constitucionalidad cuando se clasifica según el género.⁶¹⁹

Se reconoce que la disparidad en el tratamiento puede servir para reparar los efectos de la “discriminación que las mujeres han podido padecer desde el punto de vista económico”,⁶²⁰ para “asegurar las oportunidades en materia laboral”,⁶²¹ o para “promover el pleno desarrollo de los talentos y las capacidades de nuestro pueblo”.⁶²² Sin embargo, para la Corte, el estado de Virginia no demostró que existiera una razón “sobradamente convincente” que acreditara la discriminación de género.

El argumento de la diversidad en la educación no fue considerado válido, pues no se pudo demostrar que la política de las admisiones de la VMI hubiese sido creada o mantenida para fomentar esa supuesta diversidad. Es destacable que la sentencia señala que no siempre son válidos los motivos bienintencionados: “Para que sean admisibles, deben poner de manifiesto los verdaderos objetivos del Estado, y no sólo explicar o racionalizar las medidas que en el fondo se basan en una finalidad distinta (*Weinberger vs. Wiesenfeld*)”⁶²³

Además, la VWIL de Virginia no podía ofrecer a mujeres las mismas ventajas ofrecidas a los hombres por la VMI. La VWIL no proveía a las mujeres del mismo entrenamiento militar riguroso, de la misma calidad en la enseñanza, cursos, instalaciones, oportunidades financieras o reputación.

La Corte de Apelaciones se equivocó al someter la decisión de crear la VWIL (Virginia Women’s Institute for Leadership) a un control judicial

⁶¹⁸ La Corte nos recuerda los precedentes *Mississippi University for Woman vs. Hogan* y *J. E. B. vs. Alabama ex rel. T. B.*, que establecen un escrutinio intermedio para las clasificaciones de género. Asimismo, recuerda las sentencias que por más de ciento treinta años permitían utilizar clasificaciones de género para discriminar a las mujeres que se fundamentaran en motivos razonables (*Goesaert vs. Clearly*).

⁶¹⁹ Como lo había señalado en *J. E. B. vs. Alabama ex rel. T. B.*

⁶²⁰ *Califano vs. Webster*, U. S. 313, 316–317 (1977).

⁶²¹ *California Fed. Savs. & Loan Ass. Guerra* 479 U. S. 272, 281 (1987).

⁶²² *Goesaert vs. Cleary*, 335 U. S. 464 (1948).

⁶²³ 420 U. S. 636, 648 (1975).

limitado, pues “todas las diferencias de trato basadas en el sexo de las personas requieren actualmente una fiscalización intensa” (*J. E. B. vs. Alabama ex rel. T. B.*, 1994).

Pese a que es cierto que la VWIL pude ser útil y valiosa para las alumnas que deseen matricularse en ella, el plan del estado de Virginia al respecto no representa absolutamente ningún remedio para la privación de oportunidades y desventajas que han padecido las mujeres que quieren ser admitidas en la VMI y que reúnen los requisitos y capacidades para ello. En pocas palabras, el modo en el que, en cumplimiento de la sentencia, Virginia pretende remediar la discriminación, en absoluto es adecuado para remediar la vulneración constitucional. El estado no acreditó ninguna razón “sobradamente convincente” para impedir a las mujeres que sean aptas, ingresar en la VMI y seguir la formación de primer nivel que allí se ofrece. Usando un escrutinio *ad hoc*, la Corte declaró que las políticas de la VMI, al excluir a las mujeres, eran inconstitucionales: el estado de Virginia violó la cláusula de igual protección de la ley de la enmienda XIV.

B. Extranjeros

Hasta ahora hemos estudiado dos grupos que, por sus especiales características, la Corte considera que deben gozar de una especial protección, pero ¿qué factores debemos tomar en cuenta a la hora de aplicar un escrutinio más riguroso? Ely habla de tres factores primarios para la utilización del escrutinio estricto: 1) el escrutinio estricto es apropiado para proteger grupos que enfrentan obstáculos para participar en procesos políticos; 2) para la defensa de ciertos grupos sobre los cuales se han generado prejuicios y hostilidades, aisladolos del resto de la sociedad; y 3) para la defensa de grupos sobre los cuales se han creado estereotipos falsos que pueden resultar en normas que no otorgan valor a los intereses del grupo minoritario.⁶²⁴

Pues bien, según la idea de Ely, los extranjeros estarían en esta especial situación. Podemos observar que muy pronto en la historia de la Corte Suprema se conoce sobre el derecho de los extranjeros en Estados Unidos. Nos referimos a la sentencia *Yick Wo vs. Hopking*, de 1886⁶²⁵

⁶²⁴ Véase Figgis, John, “Developments in the Law Immigration Policy and the Right of Aliens”, *96 Harvard Law Review*, 1982-1983, p. 1407.

⁶²⁵ 118 U. S. (1886).

(como tuvimos oportunidad de señalar, la sentencia es el primer antecedente jurisprudencial que prohíbe la discriminación legal). En ésta se estudia la constitucionalidad de la norma que prohibía la operación de lavanderías en edificios de madera sin el consentimiento de supervisores del estado. Por sí misma, la medida no parecía discriminatoria; sin embargo, si consideramos que dos de cada tres establecimientos de madera eran propiedad de ciudadanos chinos, queda en evidencia el trato desigual. Al demandante le fueron denegados los permisos de operar en dichos edificios, mientras que no sucedía lo mismo con personas de raza blanca. Esto fue considerado como contrario a la cláusula de igual protección de la ley.

Mucho más reciente es la sentencia *Korematsu*, sentencia que, como vimos, usa la noción de clasificaciones sospechosas para las clasificaciones raciales. Después de esta sentencia la Corte Suprema continúa considerando sospechosas las clasificaciones de personas por su raza o por su origen.⁶²⁶ Este criterio se usa sin distinción en casos posteriores que versan sobre presuntos actos discriminatorios contra extranjeros, aunque éstos no contaran con la nacionalidad estadounidense.

La calidad de extranjeros ilegales agrava la situación de segregación en la que se encuentran.⁶²⁷ Los extranjeros no tienen derecho al voto, por lo que sería fácil demostrar la desventaja en la que se encuentran respecto al resto de la población.⁶²⁸ En realidad, el uso del escrutinio en los ca-

⁶²⁶ Véase por ejemplo el caso *Oyama vs. California*, 332 U. S. 633 (1948). La mayoría de los miembros de la Corte decidieron que la ley de extranjería de California era inconstitucional (prohibición de los estados de privar de beneficios y privilegios a los ciudadanos de los Estados Unidos) al establecer la imposibilidad de adquirir la nacionalidad a los hijos de extranjeros, así como negar el derecho de estas personas a adquirir, poseer, ocupar, alquilar o transferir propiedades en la región agrícola.

⁶²⁷ Así lo entendió la Corte en las sentencias *Trurax vs. Raich* 239 U. S. 33 (1915).

⁶²⁸ Rosberg sostiene que cuando un grupo está completamente excluido del proceso legislativo la presunción de constitucionalidad no se puede dar; por consiguiente, la Corte debe analizar con un escrutinio inusualmente estricto el propósito de la norma y los efectos de dicha exclusión. El autor parte de la premisa de que la condición de ser extranjero es una clasificación sospechosa, y por esa razón el escrutinio estricto será el apropiado estándar de revisión. Rosberg, Gerald M., "Aliens and Equal Protection: Why not the Right to Vote?", *Michigan Law Review*, vol. 75, 1976-1977, pp. 1105 y ss. El autor defiende esta tesis con la intención de demostrar que la norma que niega el derecho al voto de los extranjeros debería ser analizada bajo un escrutinio estricto. "I am starting from the premise that alienage is a suspect classification and for that reason I am assuming that strict scrutiny is the appropriate standard for review of a statute denying aliens the vote". En España, Ferreres Comella se expresa en términos similares al referirse a la

sos en los que se involucran derechos de extranjeros han sido confusos e inconsistentes.⁶²⁹ Los críticos rechazan el uso del escrutinio estricto señalando que el estatus de extranjero no es inmutable. Asimismo, el uso del requisito de la ciudadanía es frecuentemente usado por la propia Constitución.

En 1970 se usó el mismo escrutinio estricto para analizar diferencias basadas en el estatus de extranjero: “that classifications based on alienage... are inherently suspect and subject to close scrutiny”. Bajo este principio, la Corte, en *Graham vs. Richardson*,⁶³⁰ declaró inconstitucional una ley estatal que negaba beneficios sociales a extranjeros.

Fue el magistrado Blackmun quien consideró la categoría de extranjero como una clasificación sospechosa, al señalar que son una minoría diferenciada y aislada —“discret and insulated”— por lo que debía ser objeto de una especial protección. Lo que implica que el test ha sido ampliado a ámbitos distintos al racial.⁶³¹

La protección de la Corte Suprema a la categoría de extranjeros se debilitó con la sentencia *Nyquist vs. Mauclet*,⁶³² donde se introduce el criterio que señala que los extranjeros que no han intentado obtener la nacionalidad norteamericana conservando la propia no gozan de los mismos derechos que los ciudadanos. De ahí que las normas que perjudican a este tipo de extranjeros, que voluntariamente han preferido su estatus, no deben gozar de presunción de inconstitucionalidad.

Este principio se refuerza en la sentencia *Foley vs. Connelie*,⁶³³ donde se establece que el escrutinio estricto sólo debe utilizarse cuando se obstruye el derecho de los extranjeros de solicitar la ciudadanía estadounidense, negándose así importantes beneficios: la exclusión de los extran-

situación de las mujeres: “A mi juicio, el hecho de que exista subrepresentación de las mujeres en el parlamento, por ejemplo, es relevante a los efectos de determinar el grado de sospecha con la que el juez constitucional debe examinar las leyes que les perjudican”. Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, cit., p. 258.

⁶²⁹ Boyd, Tamra M., “Keeping the Constitution’s Promise: An Argument for Greater Judicial Scrutiny of Federal Alienage Classifications”, *Stan. Law Review*, vol. 54, 2001-2002, p. 319. “El estatus de la clasificación de extranjero es confuso”. La traducción es nuestra. Así lo señalan Barron, Jerome A. y Dienes, C. Thomas, *Constitutional Law in a Nutshell*, Estados Unidos de América, Thomas West, 1995, p. 293.

⁶³⁰ 403 U. S. 365, 372 (1971).

⁶³¹ Véase Boyd, Tamra M., “Keeping the Constitution’s Promise: An Argument for Greater Judicial Scrutiny of Federal Alienage Classifications”, cit., p. 321.

⁶³² 432 U. S. 1 (1977).

⁶³³ 435 U. S. 291 (1978).

jereros de la protección de ciertos derechos debe contar [sólo] con una justificación racional de parte del Estado.⁶³⁴

Para la Corte, la diferencia histórica entre los derechos de los ciudadanos y los extranjeros no debe olvidarse. Así lo sostuvo en *Sugurman vs. Douglass*,⁶³⁵ por lo que una ley local que excluía a los extranjeros de competir en las vacantes del servicio civil fue declarada constitucional. La distinción entre ciudadanos y extranjeros que hace el estado es legítima.

Consecuentemente, en *Ambach vs. Norwick*⁶³⁶ consideró que un estatuto de Nueva York, que prohibía el ingreso como profesor de escuela pública a toda persona que no sea ciudadano de Estados Unidos a menos que esa persona haya manifestado una intención de solicitar ciudadanía, no era contrario a la enmienda XIV de la Constitución.⁶³⁷

El caso más problemático de fechas recientes, señala Tribe,⁶³⁸ es sin duda *Plyler vs. Doe*⁶³⁹ donde se considera inconstitucional una ley del estado de Texas que negaba el derecho a la educación a niños extranjeros ilegales.⁶⁴⁰ El congreso local argumenta que debido a la presencia ilegal de los demandantes en el estado no estaba obligado a suministrarles edu-

⁶³⁴ A State is required to justify its exclusion of aliens from such governmental positions only “by a showing of some rational relationship between the interest sought to be protected and the limiting classification”.

⁶³⁵ 413 U. S. 634, 647 (1979).

⁶³⁶ 441 U. S. 68 (1977).

⁶³⁷ Después de *Foley y Ambach*, la Corte en *Cabell vs. Chavez Salido*, 454 U. S. 432 (1982), consideró constitucional una ley del estado de California que excluía a los extranjeros para cubrir las vacantes de funcionarios del estado (*peace oficers* u oficiales probatorios).

⁶³⁸ Tribe, Laurence, *American Constitutional Law*, cit., p. 1551. Sobre este asunto véase Bernal, David, V., “Constitutional Law —A State Statute Which Denies an Education to Undocumented Aliens is Unconstitutional— Doe vs. Plyler”, 458 F. Supp. 569 (E.d. Tex. 1978), *Immigration and Nationality Law Review*, pp. 581-608, y G. B. C., “Undocumented Aliens Equal Protection and the right to Free Public Education: Doe vs. Plyler”, *Alabama Law Review*, vol. 33, 1981-1982, pp. 181-197; McGinnis, Laurie, “Undocumented Aliens’ Right to Medicaid after *Plyler vs. Doe*”, *Fordham International Law Review*, vol. 7, 1983-1984, pp. 83-117.

⁶³⁹ 457 U. S. 202 (1982).

⁶⁴⁰ Versa sobre una ley aprobada en 1975 por el Poder Legislativo del estado de Texas, que prohibía el uso de fondos públicos para la educación a personas que no eran ciudadanas de los Estados Unidos o extranjeros legalmente admitidos en el país. El estatuto impugnado —*Texas Educ. Code Ann* 21.031, Vernon 1975— decía: “Todo niño con nacionalidad norteamericana, o extranjeros legalmente admitidos en el país de cualquier grado escolar, y cuyas edades, a partir del primer día de septiembre se encuentren entre los cinco años como mínimo y veintiuno como máximo, tendrán derecho a beneficiarse de los escolares para ese año”.

cación. La finalidad perseguida por la ley, según el Congreso, era ahorrar fondos públicos, así como mejorar la calidad de la educación impartida por las escuelas públicas.

La mayoría de los magistrados declinaron utilizar un escrutinio estricto considerando que la situación de los ilegales era voluntaria.⁶⁴¹ El juez Brennan, en cambio, consideró con acierto que estos niños no tenían control en las decisiones de los padres de emigrar ilegalmente a Estados Unidos: la falta de control sobre su carácter ilegal en territorio norteamericano los hace víctimas de la legislación del Estado.

La Corte se enfrenta de nuevo al problema de establecer el escrutinio al que estaría sujeto este asunto, es decir, el escrutinio estricto o el test de simple racionalidad. En *Plyler*, la Corte determina que los demandantes son miembros de una clase especialmente segregada, formada en la fronteras del territorio de los Estados Unidos: "...the plaintiffs are special members of the underclass created by the substantial shadow population of illegal immigrants within the borders of United States".⁶⁴²

La Corte decide no aplicar el escrutinio mínimo, asociado con la revisión de la legislación económica o de asistencia social, y en su lugar utiliza un escrutinio medio. Así las cosas, se consideró que la ley negaba la igual protección de las leyes a los extranjeros ilegales: la educación es de especial importancia, pues sustenta el legado democrático de los Estados Unidos.

La Corte en la sentencia *Plyler* considera ahora que la educación, aunque no tiene carácter de interés fundamental juega un "papel cardinal" o "pivotal role". La sentencia más adelante señala: "La educación ha tenido el papel fundamental de mantener las bases de nuestra sociedad... negar la educación a grupos marginados de niños representa una afrenta a uno de los objetivos de la cláusula de igual protección de la ley".⁶⁴³

El derecho a la educación no es un derecho fundamental, la clasificación de extranjero ilegal no es considerada sospechosa; sin embargo, el test usado es más estricto de lo usual, de ahí que se use el calificativo de híbrido: *hybrid equal protections test*.⁶⁴⁴ La aparente contradicción con lo establecido en *Rodriguez*, que negaba la existencia del derecho funda-

⁶⁴¹ McGinnis, Laurie, "Undocumented Aliens' Right to Medicaid after *Plyler vs. Doe*", *cit.*, p. 85.

⁶⁴² *Plyler vs. Doe*, 102 S. Ct. 2832, 2395-96 (1982).

⁶⁴³ *Plyler* 457 U. S. 221-222. La traducción es nuestra.

⁶⁴⁴ Tribe, Laurence, *American Constitutional Law*, *cit.*, p. 1551.

mental a la educación, es salvada con el argumento de que una “relativa” privación del derecho a la educación de la sentencia *Rodriguez* no afecta el interés fundamental, ya que no negaba el derecho a la educación de forma absoluta. En cambio, la privación completa de este derecho tiene como consecuencia procesal el uso de un escrutinio más estricto.⁶⁴⁵

La Corte consideró que la ley, al negar educación gratuita a los extranjeros ilegales con objeto de ahorrar fondos públicos y de proveer de una mejor educación a ciudadanos y extranjeros legalmente admitidos, es contraria a la enmienda XIV.

Podemos resumir el criterio de la Corte de la siguiente forma: las normas estatales en materia educativa que usan como base la calidad de extranjeros deben ser analizadas bajo un escrutinio intermedio, que sólo será superado si el Estado demuestra un interés sustancial, interés que no quedó demostrado en este caso concreto.

En sentencias posteriores esta tesis ha cobrado fuerza en la doctrina jurisdiccional. Un ejemplo lo tenemos en el caso *Martinez vs. Bynum*,⁶⁴⁶ que señala que los extranjeros que se encuentran de forma ilegal en el país son personas que gozan de la protección de leyes iguales consagradas en las enmiendas V y XIV.

Como vemos, las discusiones en la Corte se limitan a establecer si los derechos están o no protegidos por la Constitución, es decir, si están incluidos explícita o implícitamente en ésta. Parece entonces que los derechos sociales están condenados a ser estudiados bajo el escrutinio mínimo bajo el cual es muy fácil para el gobierno justificar sus actos discriminatorios. Aunado a esto, al establecer la Corte arbitrariamente cuáles son los derechos que se encuentran protegidos por la Constitución crea una concepción flexible de los derechos: la Corte juega con los escrutinios.

⁶⁴⁵ 458 F. Supp. at 580. La enmienda XIV no hace distinciones entre personas, como lo señala la sentencia *Wong Wing vs. United States* 163 U. S. 228, 238 (1896): “[La] enmienda XIV no está confinada a la protección de ciudadanos americanos. Pues dice: «ningún Estado podrá privar a cualquier persona de la vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona dentro de su jurisdicción la igual protección de la ley». Esta disposición es universal en su aplicación a todas las personas en la jurisdicción territorial, sin consideración de cualquier diferencia de raza, color o nacionalidad, y la igual protección de la ley es un compromiso de la protección de leyes iguales”. Deirdre, Dexter, “Constitutional Law: the Equal Protection Clause: The Effect of *Plyler vs. Doe* on Intermediate Scrutiny”, *Oklahoma Law Review*, vol. 36, 1983, pp. 324 y 325.

⁶⁴⁶ 461 U. S. 321 (1983).

nios que utilizará para juzgar los casos que se presentan como presuntamente contrarios a la Enmienda XIV.⁶⁴⁷

C. *Hijos ilegítimos*

Además de la raza y la nacionalidad, el uso del escrutinio estricto se ha usado en el juicio de constitucionalidad de las clasificaciones que involucran la ilegitimidad. Aunque en realidad la Corte no ha usado el término de “estricto” para referirse al escrutinio que usa en los casos de ilegitimidad,⁶⁴⁸ lo cierto es que ha usado un test más severo en este tipo de asuntos.

No obstante, parece no existir un criterio consistente. En el caso *Levy vs. Louisiana*,⁶⁴⁹ por ejemplo, se usa un escrutinio intermedio para analizar las clasificaciones que usan el carácter de hijo ilegítimo. La ley impugnada del estado de Louisiana excluía a los hijos ilegítimos de los derechos de sucesión. En otras sentencias, como *Weber vs. Aetna Casualty & Surety Co.*⁶⁵⁰ se señala la prohibición de discriminar según el estatus de nacimiento.

En realidad, la Corte ha tenido una actitud ambivalente al momento de determinar el grado de escrutinio que utiliza. Por ejemplo, en la sentencia *Labine vs. Vincent* se estudia la constitucionalidad de una ley que da preferencia, en el caso de intestado, a los hijos legítimos frente a los ilegítimos. La Corte habla de “derechos fundamentales de la persona” para justificar el escrutinio estricto. En *Trimble vs. Gordon* y *Lalli vs. Lalli*⁶⁵¹ se anulan sendas leyes que discriminaban a los hijos ilegítimos en los derechos sucesorios. Ambos casos se estudiaron bajo un escrutinio. En *Trimble* se señala que “the law was not substantially related to a permissible state interest”. No pasa lo mismo en el asunto *Lalli*, donde se estudia ba-

⁶⁴⁷ Sobre la idea de la concepción flexible de la igual protección de la ley véase Yarbrough, Tinsley E., “The Burger Court and Unspecified Right: on Protecting Fundamental Right or Interests through a Flexible Conception of Equal Protection”, *Duke Law Journal*, vol. 26, 1977, pp. 143-170.

⁶⁴⁸ De hecho, aunque la mayoría de los estudios sobre el tema integran la ilegitimidad como escrutinio estricto —véase, por ejemplo, Tribe, Lawrence, *American Constitutional Law*, *cit.*, p. 1553—; algunos lo integran en el test intermedio o *intermediate review*. Véase, por ejemplo, Barron, Jerome A. y Dienes, C. Thomas, *Constitutional Law in a Nutshell*, *cit.*, p. 310.

⁶⁴⁹ 391 U. S. 68 (1968).

⁶⁵⁰ 406 U. S. 164 (1972).

⁶⁵¹ 439 U. S. 259 (1978).

jo un escrutinio de simple racionalidad. La diferencia entre *Lalli* y los asuntos anteriores es que en este último se condicionaban los derechos de sucesión de los hijos ilegítimos a que el padre los haya reconocido en vida. No obstante, después del precedente de *Lalli*, la Corte continúa aplicando un escrutinio más estricto.⁶⁵²

4. Derechos de interés fundamental

Como tuvimos oportunidad de señalar, la Corte Suprema de los Estados Unidos analiza con un escrutinio estricto las clasificaciones consideradas sospechosas. Además, la Corte usa ese escrutinio cuando parece estar en peligro un derecho de “interés fundamental”. Estos derechos han surgido de la interpretación de los tribunales. De esta forma, la Corte reconoce como de interés fundamental el acceso a la justicia,⁶⁵³ el ejercicio del derecho al voto,⁶⁵⁴ el libre tránsito interestatal,⁶⁵⁵ el derecho al matrimonio y a la vida familiar.⁶⁵⁶ En efecto, bajo el escrutinio estricto es muy difícil demostrar una necesidad apremiante, así como una relación sustancial entre los fines perseguidos y los medios para conseguirlos. En cambio, de no existir un derecho fundamental amenazado o una categoría sospechosa, la norma se asumirá como constitucional con base en la presunción de constitucionalidad de la que gozan las normas emanadas de los congresos. Esta presunción de constitucionalidad se basa en la asunción de que todos los grupos afectados por la ley han tenido la oportunidad de expresar su opinión y de establecer su interés en la legislación, es decir, han estado democráticamente representados.⁶⁵⁷ Sabemos

⁶⁵² Véase *Mills vs. Habluetzel* 456 U.S. 91 (1982), *Pickett vs. Brown* 462 U. S. 1 (1983), y *Clark vs. Jeter* 486 U. S. 456 (1988).

⁶⁵³ *Griffin vs. Illinois* 351 U. S. 12 (1956).

⁶⁵⁴ Establecido en la sentencia *Harper vs. Virginia* 282, 383 U.S. 663 (1966). La Corte Suprema declaró inconstitucional una ley del estado de Virginia que establecía el pago de derechos como condición para ejercer el derecho al voto en algunos estados: establecía una “odiosa discriminación” entre ricos y pobres: el estatus económico es una “clasificación sospechosa”, ya que no existe una relación racional con el ejercicio del derecho a votar; de esta forma, se establece la obligación del Estado de velar por el igual derecho al voto.

⁶⁵⁵ En el caso *Shapiro vs. Thompson*, 394 U.S 618 (1969).

⁶⁵⁶ Este derecho fue reconocido por primera vez en la sentencia *Zablocki vs. Redhail* 434 U. S. 374 (1978).

⁶⁵⁷ Rosberg, Gerald M., “Aliens and Equal Protection: Why not the Right to Vote?”, *cit.*, pp. 1105 y ss.

que esto es poco menos que una quimera. De ahí que sostengamos que los grupos que por sus rasgos característicos han sido relegados por el Legislativo a una clase inferior merecen una especial protección de la Corte. No nos referimos a un escrutinio severo que se relacione con el rasgo usado por la Corte; nos referimos, más bien, a los probables efectos de la norma.

A lo largo de este capítulo hemos hablado de los diferentes grados de escrutinio usados por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el juicio de constitucionalidad. Para un mayor entendimiento, a continuación se muestra un cuadro con aquellos diferentes grados de severidad con los que el juez estudia las clasificaciones normativas:⁶⁵⁸

Test/ Escrutinio:	Relación de la clasificación con el objetivo	Objetivo/ interés estatal	Clasificaciones afectadas	Precedente
<i>Mínimo</i>	Racionalmente relacionada	Admisible o legítimo	Sociales, económicas	<i>Royster Guano Co. vs. Virginia</i>
<i>Intermedio</i>	Sustancialmente relacionada	Importante	Género	<i>Craig vs. Boren</i>
<i>Estricto</i>	Estrechamente relacionada	Interés primordial	Categorías sospechosas: raza y nacionalidad, o por amenazar derechos fundamentales.	<i>Korematsu vs. United States</i>

Las categorías del cuadro anterior se entenderán mejor tras el desarrollo de los capítulos tercero y cuarto. Basta ahora con decir que en muchas ocasiones las resoluciones de la Corte Suprema están condicionadas por el tipo de examen aplicado a una clasificación determinada.

⁶⁵⁸ Tomo el cuadro de Añón García, José, “Argumentación y juicio de igualdad: las versiones el derecho europeo y el norteamericano”, *Revista del Tribunal Constitucional de Ecuador. Temas Constitucionales*, año 1, núm. 2, junio de 2004, pp. 6-8.